

# **Fylkesmannens behandling av klagesaker etter opplæringsloven.**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 201

Leveringsfrist: 01.06.2011

( \* regelverk for masteroppgave på:

[www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg\\_emnebeskrivelse\\_masteroppgaver\\_JUR5030\\_5060.html](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html) )

Til sammen 25054\* ord

01.06.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og bakgrunn for oppgaven	1
1.2	Problemstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>METODE</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	Valg av embeter	5
2.2	Utvalg	6
2.3	Gjennomføring av datainnsamlingen	8
2.3.1	Behandling av data og statistikkføring	9
2.3.2	Representativitet	10
2.3.3	Intervju	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>FYLKESMANNEN</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	Fylkesmannens plassering i forvaltningen	12
3.2	Fylkesmannens oppgaver	12
3.3	Styring av fylkesmannen	13
<b><u>4</u></b>	<b><u>STATENS KONTROLL AV KOMMUNENES VIRKSOMHET</u></b>	<b><u>14</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>RETTSSIKKERHET</u></b>	<b><u>16</u></b>
5.1	Prosessuell rettssikkerhet	16
5.2	Avveiningen mellom effektivitet og grundighet	17
5.3	Ulike krav til rettssikkerhet	18

<b><u>6</u></b>	<b><u>FYLKESMANNEN SOM KLAGEINSTANS</u></b>	<b><u>19</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Behovet for og hensynene bak en statlig klageinstans</b>	<b>19</b>
<b>6.2</b>	<b>Saksgangen i klagesaken</b>	<b>21</b>
<b>6.3</b>	<b>Fylkesmannens kompetanse i klagesaker</b>	<b>22</b>
6.3.1	Saksbehandlingsfeil	23
6.3.2	Lovanvendelsesfeil	24
6.3.3	Skjønnsutøvelse / fritt skjønn	24
6.3.4	Fritt skjønn og hensynet til det kommunale selvstyret	25
<b><u>7</u></b>	<b><u>OPPLÆRINGSLOVEN</u></b>	<b><u>30</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Opplæringslovens kapittel 5 spesialundervisning</b>	<b>30</b>
7.1.1	Opplæringsloven § 5-1 rett til spesialundervisning	30
7.1.1.1	Opplæringsloven § 4A-2 rett til spesialundervisning på grunnskolens område	33
7.1.2	Opplæringslovens § 5-7, Spesialpedagogisk hjelp før opplæringspliktig alder	34
7.1.3	Bestemmelsenes forhold til det kommunale selvstyret	34
<b>7.2</b>	<b>Opplæringslovens § 8-1, Skolen</b>	<b>36</b>
7.2.1	Opplæringslovens § 8-1 første ledd første punktum, nærskoleprinsippet	36
7.2.2	Opplæringslovens § 8-1 annet ledd, skolebytte	37
7.2.3	Bestemmelsens forhold til det kommunale selvstyret	37
<b><u>8</u></b>	<b><u>HVILKE SAKER OG SAKSTYPER OMFATTES AV UTVALGET</u></b>	<b><u>39</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>KLAGENS UTFALL</u></b>	<b><u>41</u></b>
9.1.1	Stadfestelse av førsteinstansens vedtak	42
9.1.2	Oppheving av førsteinstansens vedtak	42
9.1.3	Omgjøring av førsteinstansens vedtak	43
<b>9.2</b>	<b>Presentasjon av data</b>	<b>44</b>
<b><u>10</u></b>	<b><u>BEGRUNNELSE FOR KLAGENS UTFALL</u></b>	<b><u>46</u></b>
<b>10.1</b>	<b>Fylkesmannen i Finnmark</b>	<b>47</b>

<b>10.2</b>	<b>Fylkesmannen i Oslo og Akershus</b>	<b>49</b>
<b>10.3</b>	<b>Fylkesmannen i Møre og Romsdal</b>	<b>50</b>
<b>10.4</b>	<b>Oppsummerende vurderinger</b>	<b>51</b>
<b>10.5</b>	<b>Embetenes syn på oppheving og omgjøring</b>	<b>55</b>
<b><u>11</u></b>	<b><u>SAKSBEHANDLINGEN HOS EMBETENE</u></b>	<b><u>59</u></b>
<b>11.1</b>	<b>Saksbehandlingstiden</b>	<b>59</b>
11.1.1	Hvilke krav stilles til saksbehandlingstiden	59
11.1.2	Saksbehandlingstiden i embetene	60
11.1.3	Saksbehandlingstid og avgjørelsesformens innvirkning på klagers rettssikkerhet	62
<b>11.2</b>	<b>Vedtaketts innhold og utforming</b>	<b>63</b>
<b>11.3</b>	<b>Prøvingsintensitet</b>	<b>66</b>
11.3.1	Fylkesmannen i Oslo og Akershus	66
11.3.1.1	Bruken av opphevning fremfor omgjøring.	67
11.3.1.2	Prøving av det frie skjønn	68
11.3.1.3	Bruken av begrepene gyldighet/ugyldighet	70
11.3.2	Fylkesmannen i Finnmark	72
11.3.3	Fylkesmannen i Møre og Romsdal	73
<b>11.4</b>	<b>Prøvingsintensiteten og klagers rettssikkerhet</b>	<b>76</b>
<b><u>12</u></b>	<b><u>UTDANNINGSOMRÅDET SOM JURIDISK FAGFELT</u></b>	<b><u>77</u></b>
<b>12.1</b>	<b>Forvaltningens kompetanse</b>	<b>77</b>
<b>12.2</b>	<b>Bruk av advokat i klagesaken</b>	<b>78</b>
<b><u>13</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u></b>	<b><u>80</u></b>
<b>13.1</b>	<b>Hva kan gjøres for å sikre en mer ensartet praksis?</b>	<b>81</b>
<b>13.2</b>	<b>Alternativer til fylkesmannen som klageinstans</b>	<b>83</b>
<b>13.3</b>	<b>Avslutning</b>	<b>85</b>

<b><u>14</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>88</u></b>
<b>14.1</b>	<b>Bøker/artikler</b>	<b>88</b>
<b>14.2</b>	<b>Forarbeider, offentlige utredninger og rundskriv</b>	<b>89</b>
<b>14.3</b>	<b>Lover og forskrifter</b>	<b>90</b>
<b>14.4</b>	<b>Rettspraksis og avgjørelser fra Sivilombudsmannen</b>	<b>90</b>
<b>14.5</b>	<b>Andre kilder</b>	<b>91</b>
<b><u>15</u></b>	<b><u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u></b>	<b><u>A</u></b>
<b><u>16</u></b>	<b><u>VEDLEGG 1</u></b>	<b><u>B</u></b>
<b><u>17</u></b>	<b><u>VEDLEGG 2</u></b>	<b><u>E</u></b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Tema og bakgrunn for oppgaven

Avhandlingen er skrevet som en del av et større prosjekt om klageordninger i forvaltningen, med særlig fokus på fylkesmannen. Prosjektet er finansiert av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og ledet av professor Kristian Andenæs og professor Knut Papendorf ved Institutt for kriminologi og retts sosiologi ved Universitetet i Oslo. I denne fasen av prosjektet ble jeg og to andre studenter i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo engasjert for å gå gjennom fylkesmennenes vedtak i klagesaker på tre områder; plan- og bygningsrett, sosialrett og utdanningsrett.

På grunn av praktiske utfordringer og lang saksbehandlingstid i forvaltningen har studenten som skal ta for seg saker etter sosialtjenesteloven blitt forsinket i sitt arbeid. Jeg har derfor stort sett samarbeidet med studenten som har jobbet med plan- og bygningssaker. Vi har sammen utarbeidet registreringsskjemaet<sup>1</sup> for innhenting av opplysninger fra klagesakene og intervjuguiden<sup>2</sup> som ligger til grunn for de intervju vi har gjennomført. Dette ble gjort for å kunne få resultater som kan la seg sammenligne i ettertid og være av nytte for videre arbeid med prosjektet. Innhenting av data og gjennomføring av intervju har ble også gjort samtidig. Vi har under hele arbeidet hatt diskusjoner rundt funn og problemstillinger. Resultatet er likevel to selvstendige og uavhengige masteroppgaver.

Videre er planen for prosjektet at en eller flere retts sosiologistudenter skal rekrutteres for å gå grundigere gjennom den retts sosiologiske biten av prosjektet. Til slutt skal prosjektets deler sammenfattes i en rapport til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. Denne rapporten skal utarbeides av prosjektlederne.

---

<sup>1</sup> Se vedlegg 1

<sup>2</sup> Se vedlegg 2

Bakgrunnen for at et slikt prosjekt blir igangsatt er blant annet at tidligere forskning på den klagesaksbehandling som blir gjennomført av fylkesmennene på ulike rettsområder, viser at det er til dels store forskjeller i hvordan embetene utøver denne myndigheten. Andenæs(1992) undersøkte klagesaker om økonomisk stønad etter sosiallovgivningen og konkluderte da blant annet med at det fantes såkalte ”opphevings” og ”omgjørings” fylker. Omgjøringsandelen varierte i 1990 fra 0,1 % i Oslo og Akershus til 21,7 % i Finnmark. Samme år varierte opphevingsandelen fra 1,4 % i Vestfold til 24,2 % i Østfold.

I en tilsvarende undersøkelse utført av Terum/With(2007) ble saker på samme rettsområde som Andenæs undersøkte, gjennomgått, men da i perioden 1995 til 2005. Undersøkelsen viste da at i klagesaker hvor vedtaket ikke ble stadfestet av fylkesmannen varierte forholdet mellom oppheving og omgjøring ganske betydelig. Her fant man at i Møre og Romsdal og Sogn og Fjordane ble over 60 % av vedtakene opphevet, mens i Oslo og Akershus og Telemark ble over 60 % av vedtakene omgjort.

Også i saker hvor fylkesmannen er førsteinstans for forvaltningssaker har det blitt foretatt undersøkelser som peker på forskjeller mellom embetene.

Rønning/Bentsen(2008) gikk gjennom praksis på søknader etter unntaksbestemmelsene i lov om fri rettshjelp<sup>3</sup> hos tre fylkesmannsembeter. De fant da at innvilgelsesprosenten i Finnmark lå på 54,7 %, mens den i Oslo og Akershus bare var 26,4 %.

Tilsvarende undersøkelser har ikke blitt foretatt på opplæringslovens område, men resultatet fra de undersøkelsene som er nevnt ovenfor gir grunnlag til å tro at det også på dette området foreligger forskjeller i hvordan embetene praktiserer sin myndighet som klageinstans.

---

<sup>3</sup> Lov av 13. juni 1980 nr. 35 Lov om fri rettshjelp §§ 11 og 16

## 1.2 Problemstilling

For den som er part i en forvaltningssak, er det en sentral prosessuell rettssikkerhetsgaranti at man gis mulighet til å få en avgjørelse overprøvd av en annen instans enn den som traff det opprinnelige vedtaket.<sup>4</sup> Dette kan man gjøre gjennom å prøve vedtaket for en domstol, klage til et overordnet forvaltningsorgan eller klage saken inn til Sivilombudsmannen. Å få et vedtak prøvd av domstolene er kostbart, tidkrevende og i tillegg er domstolenes overprøvingsadgang begrenset. Av disse årsaker er det svært få vedtak som blir prøvd i domstolene, særlig når man tar i betraktning det store antall vedtak som hvert år fattes av forvaltningen. Muligheten for å klage til overordnet forvaltningsorgan(såkalt forvaltningsklage) er langt mer brukt. Reglene for klage over forvaltningens enkeltvedtak finnes i forvaltningsloven §§28-34 og i de enkelte særlover som regulerer de ulike deler av forvaltningen. På en rekke rettsområder er myndigheten som klageinstans lagt til Fylkesmannen.

I denne oppgaven vil jeg ta for meg Fylkesmannen som klageinstans for forvaltningsvedtak på ett av disse områdene, nemlig utdanningsområdet, nærmere bestemt klager etter Lov av 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringsloven).

Det som gjør det interessant å se på klagesaker etter opplæringsloven er at det er et område som vil ha stor betydning for et stort antall av landets befolkning. Alle elever i Norge vil på en eller annen måte være berørt av bestemmelsene i opplæringsloven. Samtidig vil det være et potensielt konfliktområde mellom statens ønsker om å få gjennomført nasjonale målsettinger for utdanning på den ene siden og kommunenes behov for å ha en fornuftig ressursfordeling og kunne foreta eventuelle innsparinger på den andre siden

Mange forhold ved en elevs skolehverdag er også av en slik karakter at behovet for å få en relativt rask avklaring av elevens behov og rettigheter vil være betydelig. Et skoleår

---

<sup>4</sup> Frihagen 2003 side 238



går raskt, elevene er i stadig utvikling og mangler i opplæringstilbudet vil potensielt kunne få store konsekvenser for den videre skolegangen.

I lys av de begrensninger og ulemper som foreligger ved å få prøvd forvaltningsvedtak for domstolene, spiller fylkesmannen dermed en viktig rolle i det å ivareta elevers rettssikkerhet.

Et viktig formål med oppgaven er ved en gjennomgang av vedtak fattet i slike klagesaker fra tre ulike embeter, forsøke å avdekke eventuelle ulikheter i utøvelsen av den myndigheten fylkesmannen har blitt delegert på dette rettsområdet. Samtidig vil jeg se på hvilke utfall en slik desentralisert klageordning som fylkesmannen får for klagers rettssikkerhet med tanke på at dette er en type forvaltningsvedtak som i liten grad blir prøvd av domstolene.

De konkrete målene for oppgaven er å finne og drøfte eventuelle forskjeller, styrker og svakheter i embetenes saksbehandling. Samtidig vil jeg se på hva bakgrunnen for dette kan være og hvilke følger det kan få for klagerens rettssikkerhet. For å belyse dette vil jeg se på:

- I hvilken grad blir klagesakene stadfestet, opphevet, eller omgjort?
- Hva blir brukt som begrunnelse for embetenes valg av avgjørelsesform?
- Hvor langt går fylkesmannen i sin behandling av klagesaken jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd om klageinstansens mulighet til å prøve alle sider av saken?
- Hvilken vekt har hensynet til det kommunale selvstyret i embetenes saksbehandling, da sett opp mot forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum?
- Hvor lang er saksbehandlingstiden i klagesakene?

## 2 Metode

For å belyse fylkesmannens behandling av klagesaker har jeg valgt å benytte meg av kvalitative metoder som dokumentanalyse av fylkesmennenes vedtak og de dokumenter som ligger ved disse vedtakene, samt intervjuer av ansatte i embetene. Vedtakene er videre analysert ved bruk av alminnelig juridisk metode. Intervjuene ble gjennomført i etterkant av dokumentanalysen for å få svar på spørsmål og supplere funn som dukket opp gjennom gjennomgangen av klagesakene.

Jeg har også foretatt empiriske undersøkelser, der kvantitative data har blitt samlet for å forsøke å dokumentere ulikheter mellom embetene.

Kombinasjonen av disse metodene er brukt for at jeg ved bruk av flere innfallsvinkler vil styrke reliabiliteten til de funn som blir avdekket.

### 2.1 Valg av embeter

Avhandlingen er basert på en komparativ analyse av 50 vedtak fattet av Fylkesmannen i Finnmark, Fylkesmannen i Møre og Romsdal og Fylkesmannen i Oslo og Akershus.

For å kunne få et bredest mulig bilde av praksis hos fylkesmannen på den tiden vi hadde til rådighet, ble det bestemt at prosjektet skulle ta for seg tre embeter. For at man i ettertid skulle kunne sammenligne funnene på de tre rettsområdene som ble valgt for prosjektet, ble de samme tre embeter lagt til grunn for undersøkelsene i de tre masteroppgavene. Embetene ble valgt for å få størst mulig bredde i utvalget hva gjelder geografi, bosettingsmønster, befolkningsantall og antall klagesaker. Oslo og Akershus og Finnmark pekte seg da ut som klare ekstremfylker hva gjaldt befolkningstetthet og Møre og Romsdal som en slags mellomting, med flere relativt store byer, men også mange små kommuner og griseendte strøk.

I tillegg ble det sett hen til tidligere forskning som har funnet forskjeller i praksis hos fylkesmannsembetene, da særlig i utfallet av klagesakene. Andenæs (1992) fant at det i klagesaker etter sosiallovgivningen utpekte seg ”opphevingsfylker” og

”omgjøringsfylker”. Finnmark og Oslo og Akershus befant seg i 1990, i hver sin ende av skalaen, med henholdsvis 21,7 % og 0,1 % omgjorte vedtak, mens Møre og Romsdal var i en mellomposisjon med en omgjøringsandel på 13 %. Andelen vedtak som ble opphevet i de samme fylkene var på henholdsvis 24,1 % i Finnmark, 19,8 % i Oslo og Akershus og 9,6 % i Møre og Romsdal.

Terum/With(2007) fant også til dels store forskjeller i avgjørelsesform mellom embetene på samme rettsområde som Andenæs. Ved å se på forholdet mellom oppheving og omgjøring i alle fylkesmannsembetene viste tall for perioden 1995-2005 at Møre og Romsdal og Oslo og Akershus igjen var i hver sin ende av skalaen med henholdsvis 77 % oppheving og 23 % omgjøring i Møre og Romsdal og 31 % oppheving og 69 % omgjøring i Oslo og Akershus. Finnmark var i dette tilfellet i en mellomposisjon med 57 % oppheving og 43 % omgjøring.

Utvalget på tre embeter vil ikke være stort nok til å påvise klare trekk for saksbehandlingen hos alle de 18 fylkesmannsembetene i Norge, men dette har heller ikke vært målet for oppgaven. Utvalget har likevel vært stort nok til å kunne antyde at det finnes forskjeller i hvordan tre embeter utøver sin myndighet som klageinstans. Noe som kan gi utgangspunkt for eventuell, videre og mer fullstendig forskning på området.

## 2.2 Utvalg

Utgangspunktet for prosjektet var å gå gjennom saker som ble behandlet i 2009. Dette på grunn av at man ved gjennomgang av saker fra ett år vil kunne utelukke eventuelle variasjoner i embetenes praksis over tid og dermed øke utvalgets representativitet.

På grunn av at Fylkesmannen i Finnmark i 2009 behandlet for få saker til at jeg kunne oppnå mitt mål på 50 saker, ble jeg også nødt til å ta med 14 saker som er ferdigbehandlet tidlig i 2010.

Fylkesmennene behandler klagesaker etter en rekke bestemmelser i opplæringsloven. Den største gruppen klagesaker i følge embetenes årsrapporter gjelder klage på

standpunkt- eller eksamenskarakter.<sup>5</sup> Disse sakene er ikke interessante i denne sammenhengen, da de ikke innebærer noen juridisk skjønnsutøvelse og er derfor holdt utenfor mitt utvalg.

For å få et sammenlignbart utvalg har jeg valgt å legge hovedvekten på en type saker som utgjør en betydelig andel i alle de tre embetene. Dette er saker om spesialundervisning etter opplæringsloven § 5-1, spesialundervisning for voksne etter opplæringsloven § 4A-2 og spesialpedagogisk hjelp til barn under opplæringspliktig alder etter opplæringsloven § 5-7.<sup>6</sup>

Saker etter disse bestemmelsene har mange likhetstrekk, de er alle rettighetsbestemmelser, vedtakene forutsetter en sakkyndig vurdering fra den pedagogisk-psykologiske tjenesten, jf. opplæringsloven § 5-3, og pålegger førsteinstansen en særlig begrunnelsesplikt ved avvik fra denne sakkyndige vurderingen etter opplæringsloven § 5-3 siste ledd. Samtidig er dette saker som ofte er mer kompliserte og stiller større krav til saksforberedelse, begrunnelse og dokumentasjon fra førsteinstansen enn mange av de andre klagesakene. Samtidig er disse sakene særlig interessante i et rettssikkerhetsperspektiv. Det her er snakk om elever som har behov ut over det ordinære opplæringstilbudet og vedtakene kan potensielt få store ringvirkninger for elevens videre skolegang og yrkesliv.

Videre har jeg valgt å ta med et utvalg av saker etter opplæringsloven § 8-1 første ledd, nærscole, og annet ledd, skolebytte. Her vil det være en viss skjevhet i mitt utvalg, da Fylkesmannen i Møre og Romsdal ikke behandlet noen saker etter denne bestemmelsen i 2009 og heller ikke hadde behandlet andre saker med like stor grad av fritt skjønn. Jeg har likevel valgt å ta med disse sakene, da særlig saker om skolebytte, i motsetning til sakene om spesialundervisning, gir kommunene og fylkeskommunene en vid skjønnsmargin.<sup>7</sup> De vil derfor være interessante for å belyse embetenes forhold til det kommunale selvstyret jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> <http://arapp.fylkesmannen.no>

<sup>6</sup> For en gjennomgang av de ulike bestemmelsene, se kapittel 7.1

<sup>7</sup> Se mer om bestemmelsene i kapittel 7.2

<sup>8</sup> Se mer om dette i kapittel 6.3.4

Videre vil ikke disse sakene gi noe betydelige utslag i forholdet mellom vedtak som ender med omgjøring og oppheving i min statistikk, da det er et fåtall av disse sakene som ikke blir stadfestet av Fylkesmannen.<sup>9</sup> For å få et mer komplett bilde av de tre embetenes praksis hadde det vært en stor fordel å få belyst forholdet til det kommunale selvstyret i alle embetene. Det jeg kun har sett på denne typen saker i to embeter har likevel vært viktig for å vise hvordan fylkesmannen beveger seg i området mellom statlig styring og kommunalt selvstyre. Samtidig har sakene vist klare ulikheter i embetenes holdninger til denne problematikken.

### 2.3 Gjennomføring av datainnsamlingen

I utgangspunktet var det tenkt at jeg skulle ta for meg vedtak i klagesaker både på helse- og utdanningsområdet. Det ble søkt om innsyn i vedtakene, etter forvaltningsloven § 13 bokstav d hos Helse- og omsorgsdepartementet og Kunnskapsdepartementet 30.09.2010. Dette var nødvendig da vedtakene på disse områdene er unntatt offentlighet av hensyn til partenes personvern. Kunnskapsdepartementet innvilget innsyn 25.10.2010. På grunn av at endelig dispensasjon fra taushetsplikten i sakene etter helselovgivningen lot vente på seg (og fremdeles ikke foreligger), ble det av hensyn til prosjektets fremdrift valgt å utsette gjennomgangen av vedtakene på dette området til neste generasjon prosjektmedarbeidere.

Prosjektet ble også meldt inn til personvernombudet hos Norsk samfunnsvitenskaplig datatjeneste, som tilrådte prosjektet og konkluderte med at det kunne fritas for informasjonsplikten i personopplysningsloven § 20 bokstav c.

Deretter ble de ulike fylkesmannsembetene kontaktet og alle stilte seg positive til arbeidet. Sakene ble gjort tilgjengelige ved at jeg fikk tilgang til embetenes elektroniske saksbehandlings- og arkivsystem, ePhorte. Sakene lå der organisert etter avdeling, sakstype og årstall og inneholdt elektroniske utgaver av alle underliggende dokumenter og korrespondanse i sakene.

---

<sup>9</sup> Av totalt 30 saker ble kun en sak omgjort og en sak opphevet

### 2.3.1 Behandling av data og statistikkføring

I gjennomgangen av vedtakene benyttet jeg skjemaet for datainnsamling som vi hadde utarbeidet på forhånd. De data som ble registrert var både kvantitative og kvalitative.

De kvantitative data som ble registrert var blant annet hvilken bestemmelse det ble klaget over, hvilken kommune som var førsteinstans, om klager var representert av advokat eller fullmektig, hva resultatet av klagebehandlingen ble, saksbehandlingstiden hos fylkesmannen.

Av kvalitative data registrerte jeg særlig hvilken begrunnelse som lå til grunn for resultatet i saken, fylkesmannens vurderinger rundt prøvingen av det frie skjønnet og også en slags totalvurdering av hele vedtaket hvor jeg registrerte spesielt interessante uttalelser og vurderte saksbehandlingen og resultatet generelt. Særlig det siste var nødvendig for å kunne tolke uttalelser i både førsteinstansens vedtak og i vedtaket fra fylkesmannen.

På grunn av at vedtakene inneholdt taushetsbelagt materiale hadde jeg ikke anledning til å ta med vedtakene ut av embetenes kontorer uten å ha foretatt en omfattende anonymiseringsjobb. Det hadde vært en stor fordel å ha vedtakene tilgjengelig gjennom hele arbeidet, men anonymiseringsarbeidet var en uoverkommelig oppgave på den tiden jeg hadde til rådighet i de ulike embetene og jeg har derfor måttet nøye meg med de sitater og uttalelser jeg har notert meg.

På grunn av at vedtakene og underlagsmaterialet kun ligger lagret lokalt hos embetene var det nødvendig å dra ut til hvert enkelt embete for å foreta datainnsamlingen. Datainnsamlingen startet hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus, der jeg brukte en del tid på å tilpasse registreringsskjemaet og bli kjent med ePhorte. Til sammen brukte jeg i underkant av tre uker på datainnsamlingen her, mens arbeidet hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal og Fylkesmannen i Finnmark ble gjennomført på en uke på hvert sted.

For å registrere og behandle data har jeg benyttet Microsoft Excel. Programmet ble valgt på grunn av en relativt overkommelig mengde data, at jeg ikke hadde behov for

mer kompliserte statistiske analyser enn det jeg kunne få fra Excel og at det var et program jeg var godt kjent med fra før.

### 2.3.2 Representativitet

Hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal representerer utvalget mitt totaliteten av klagesaker som er behandlet etter bestemmelsene i opplæringsloven §§ 5-1, 5-7 og 4A-2 i 2009. Hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus er utvalget basert på alle saker som ble behandlet etter de samme bestemmelsene i 2009, men supplert med hver tredje klagesak over opplæringsloven § 8-1. I Finnmark har jeg gått gjennom alle klagesaker som ble behandlet i 2009 hvor det ble klaget over bestemmelsene i opplæringsloven §§ 5-1, 5-7, 8-1. For å oppnå målet med 50 vedtak i hvert fylke ble jeg her nødt til å ta med de første 14 klagesakene som ble behandlet i 2010.

I utgangspunktet kan det tenkes at et forholdsvis lite utvalg av saker som dette i hvert embete fordelt på flere bestemmelser, vil være for lite til å si noe sikkert om saksbehandlingen generelt. Det kan tenkes at resultatene og funnene i oppgaven hadde vært annerledes hvis jeg hadde gått gjennom et større antall saker over lengre tid. Mot dette vil jeg si at utvalget i stor grad omfatter samtlige saker som er behandlet i embetene på de ulike bestemmelsene i løpet av et år. I tillegg var de tendensene jeg så og de funnene jeg vil redegjøre for videre i oppgaven, så klare og gjennomgående at utvalget likevel må kunne sies å ivareta representativiteten.

### 2.3.3 Intervju

I tillegg til dokumentanalyse, gjennom grundig gjennomgang av vedtak og underlagsmateriale samt samling av empiriske data valgte jeg å supplere dette med intervjuer med sentrale personer hos de ulike embetene. Etter å ha gått gjennom vedtakene og behandlet de data som ble innhentet ble det tydelig at en slik intervjurunde ville være viktig for å få en forståelse for arbeidet og tankegangen i de

ulike embetene. Samtidig som de kanskje kunne gi forklaringer på hva som er bakgrunnen for de forskjellene jeg mente å kunne se i datamaterialet.

For å få belyst de spørsmålene jeg hadde på en best mulig måte valgte jeg å intervjuer både en saksbehandler og en fra avdelingsledelsen i de ulike embetene. Alle stilte velvillig opp på dette og satte av tid til intervjuene.



### 3 Fylkesmannen

Fylkesmannen er et statsforvaltningsorgan som utfører ulike forvaltningsoppgaver på regionalt nivå. Fylkesmannsembetene ledes av en fylkesmann. Fylkesmannen er en embetsmann som utnevnes av Kongen i statsråd ved kongelig resolusjon. Dette er en ordning med lang historie tilbake til middelalderens lensmenn og senere amtmenn.<sup>10</sup> I 1918 ble navnet på den regionale inndelingen i Norge endret fra amt til fylke og amtmennene ble til fylkesmenn.<sup>11</sup> I Norge er det i dag 18 fylkesmenn, en i hvert fylke, bortsett fra i Oslo og Akershus der man har en felles fylkesmann for de to fylkene.

#### 3.1 Fylkesmannens plassering i forvaltningen

Fylkesmannen er en del av statsforvaltningen på regionalt nivå, som statens representant i fylket og skal jobbe for at *”Stortingets og Regjeringens vedtak, mål og retningslinjer kan bli fulgt opp.”*<sup>12</sup>. Ordningen med fylkesmenn er ikke regulert i noen særskilt lov, men fylkesmannen får sin myndighet gjennom delegasjon og instruks fra ulike statlige instanser, som regjeringen, de ulike fagdepartementene, og de underliggende direktorater.

Fylkesmannens interne, organisatoriske grunnlag er gitt ved instruks, fylkesmannsinstruksen fastsatt ved kongelig resolusjon av 7. august 1981. Organisatorisk er Fylkesmannen underlagt Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, men de ulike avdelingene i embetene blir tillagt arbeidsoppgaver av det departementet som er overordnet på de enkelte fagområdene.<sup>13</sup>

#### 3.2 Fylkesmannens oppgaver

Fylkesmannen har som statens representant i fylket i oppgave å være et mellomledd og samordningsorgan mellom staten og de lokale myndigheter på kommunalt og fylkeskommunalt nivå. Han skal også utføre de oppgaver som blir pålagte embetene av

---

<sup>10</sup> Fylkesmannsboka kapittel 3

<sup>11</sup> Lov av 14. august 1918 nr. 1 om forandring av rikets inndelingnavn

<sup>12</sup> Forskrift av 7. august 1982 nr. 3642 om instruks for fylkesmenn (fylkesmannsinstruksen) §1 første ledd

<sup>13</sup> Fylkesmannsinstruksen §1 tredje ledd.

statlige organ. Oppgavene er mange og forskjellige, som for eksempel førsteinstans i en del forvaltningssaker, tvisteorgan, administrasjon av tilskudd, informasjons- og veiledningsarbeid, rapportering og statistikkføring. Fylkesmannen er også etter innføringen av det kommunale selvstyret gjennom formannskapslovene i 1837, gitt en del oppgaver som relaterer seg til kontroll, rådgivning og veiledning av kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet. Kontrolloppgavene det dreier seg om er blant annet klagebehandling, tilsynsvirksomhet og lovlighetskontroll med kommunale vedtak etter kommuneloven § 59. I denne oppgaven vil jeg fokusere på fylkesmannens rolle som klageinstans for vedtak fattet av kommune eller fylkeskommune etter særlov.

### 3.3 Styring av fylkesmannen

Som en del av statsforvaltningen er ikke fylkesmannen uavhengig av den sentrale forvaltningen. De ulike fagdepartementene har direkte faglig instruksjonsmyndighet over fylkesmannen på sitt fagområde jf. fylkesmannsinstruksen § 1 tredje ledd. Denne instruksjonsmyndigheten innebærer at departementene kan gi instrukser i hvordan enkeltsaker skal avgjøres og gi generelle instrukser om saksbehandling, skjønnsutøvelse eller lovanvendelse.<sup>14</sup> Slike instrukser gis gjerne gjennom generelle rundskriv, retningslinjer og veiledere<sup>15</sup>. Hvor bindende disse instruksene er for fylkesmannen vil være avhengig av en tolking av innholdet. Veiledere og rundskriv vil være dokumenter som er ment som informasjon og signaler fra overordnet myndighet og i utgangspunktet ikke gi føringer av bindende art.

---

<sup>14</sup> Eckhoff og Smith (2006) s. 130 flg.

<sup>15</sup> På opplæringslovens område finner man blant annet Veileder til opplæringsloven kapittel 9a – elevens skolemiljø - Kunnskapsdepartementet (2006) og Veileder til opplæringsloven om spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning – Utdanningsdirektoratet (2009).

#### 4 Statens kontroll av kommunenes virksomhet

Norske kommuner og fylkeskommuner er selvstendige rettssubjekter som ikke er underlagt andre statlige organ enn Stortinget som lovgiver. Dette medfører at de ikke er en del av det statlige forvaltningshierarkiet og den utøvende myndighet, ved regjeringen og departementene ikke har en generell styrings-, instruksjons- eller overprøvingsmyndighet over kommunene og fylkeskommunene slik de har over underordnede organ i statsapparatet.<sup>16</sup> Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner kan kun skje direkte gjennom lovgivning og indirekte gjennom fordeling av budsjettmidler. Det kommunale selvstyret kan sies å være negativt avgrenset, slik at det er kun lovgivning som begrenser hva kommunen og fylkeskommunen kan foreta seg.<sup>17</sup>

Staten har likevel overført mange av de offentlige oppgaver som skal utføres i samfunnet til kommunene. Mange av de offentlige forvaltningsoppgavene kommunene utfører er regulert av særlover. Ved bruk av særlover på ulike områder kan staten pålegge kommunene og fylkeskommunene ansvar for ulike offentlige oppgaver og gi føringer på hvordan disse oppgavene skal ivaretas og hvilke krav som stilles til utføringen av dem. Hensynet bak dette er å sikre at oppgaver staten mener er viktige blir gjennomført på en så lik måte som mulig i alle kommuner og i tråd med de nasjonale målsettinger på området. Et annet viktig hensyn er at slik lovgiving sikrer at legalitetsprinsippet blir overholdt, altså at inngrep i borgernes rettsstilling gjennom vedtak fra myndighetenes side skal ha hjemmel i lov.<sup>18</sup>

For å sørge for at kommunene ivaretar sine oppgaver på en god måte har staten et behov for å føre kontroll med kommunenes virksomhet. Kontrollen skal i stor grad sikre de samme hensynene som ligger til grunn for å gi særlover for ulike forvaltningsoppgaver. Disse hensynene er blant annet som nevnt over hensynet til at nasjonale målsettinger blir gjennomført, at borgerne blir sikret et offentlig tjenestetilbud som er i tråd med de standarder som kreves i lovverket og at de offentlige oppgavene blir gjennomført på en effektiv og økonomisk måte.

---

<sup>16</sup> Bernt (2002) s. 23

<sup>17</sup> Bernt (2002) s. 45

<sup>18</sup> Bernt (2002) s. 46

De kontrollmekanismer staten har opprettet har i stor grad sitt hjemmelsgrunnlag i kommuneloven<sup>19</sup> eller i ulike særlover. Kontrollmekanismene det dreier seg om er tilsyn med kommunene eller fylkeskommunenes plikter pålagt gjennom særlov etter kommuneloven kapittel 10 A, statlig kontroll og godkjenning av økonomiske forpliktelser etter kommuneloven § 60, lovlighetskontroll av kommunale avgjørelser etter kommuneloven § 59 og ulike statlige klageordninger med hjemmel i særlov.

Sentralt for denne oppgaven er den sistnevnte formen for kontroll, fylkesmannens rolle som klageinstans med hjemmel i særlov.

---

<sup>19</sup> Lov av 25.09.1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner

## 5 Rettssikkerhet

Et overordnet tema for denne oppgaven er hvordan klagers rettssikkerhet blir ivaretatt i fylkesmannens behandling av klager over forvaltningsvedtak. I dette kapittelet vil jeg gi en redegjørelse for hva som menes med rettssikkerhet og særlig de faktorer som ville kunne ha betydning for klagers rettssikkerhet og som jeg har sett på i oppgaven.

I denne oppgaven vil jeg særlig se på hvordan fylkesmannen fungerer som rettssikkerhetsinstans for vedtak etter opplæringsloven. Loven gir elevene rettigheter på ulike områder, men er preget av vilkår og kriterier som kan tolkes ulikt og gi grunnlag for ulike tolkninger og forskjeller i håndheving av lovens bestemmelser. Bestemmelsene som regulerer fylkesmannens saksehandling og prøvingsintensitet er også skjønnsmessige og det vil derfor være av interesse hvilke følger dette får for klagerens rettssikkerhet.

Rettssikkerhetsbegrepet har mange sider og flere definisjoner. Likevel er det en del sentrale elementer som går igjen og som de fleste vil kunne enes om.<sup>20</sup> En vanlig forståelse av begrepet er at det omfatter de krav som stilles for å beskytte borgerne mot vilkårlighet og overgrep fra forvaltningen, sikre likebehandling og forutberegnelighet, sikre den enkelte en mulighet til å forsvare sine interesser og stille krav til at forvaltningen opptrer saklig overfor borgerne.<sup>21</sup>

### 5.1 Prosessuell rettssikkerhet

Når man snakker om rettssikkerhet i forvaltningen og da særlig i forvaltningens myndighetsutøvelse gjennom forvaltningsvedtak er det vanlig og bruke begrepet prosessuell rettssikkerhet.

De prosessuelle krav finner man dels i lover som forvaltningsloven og særlover, men også gjennom ulovfestede forvaltningsprinsipper. Viktig her er da for eksempel at

---

<sup>20</sup> Frihagen (2003) s. 42 og Eckhoff/Smith (2010) s. 58 flg.

<sup>21</sup> Eckhoff og Smith (2010) s.58

borgeren skal kunne være sikker på at avgjørelsen er tatt av personer som ikke er inhabile (forvaltningsloven § 6 ), at avgjørelsen er fattet på et betryggende grunnlag ved at saken er tilstrekkelig opplyst gjennom at alle parter har blitt hørt og har fått mulighet til kontradiksjon (forvaltningsloven § 17) og at forvaltningen ikke har lagt til grunn usaklige eller utenforliggende hensyn. Videre vil det ofte være av betydning for borgeren at forvaltningen ikke bruker unødig lang tid på å treffe sine avgjørelser (forvaltningsloven § 11a).

Selv om store deler av forvaltningen er regulert av lovverk og prinsipper som skal sørge for at borgerens rettssikkerhet, vil det alltid være mulighet for at feil blir begått. Forvaltningen har kanskje ikke utredet saken godt nok slik at avgjørelsen er tatt på et utilstrekkelig grunnlag, rettsregelen som ligger til grunn for vedtaket er tolket feil, eller forvaltningen har i sin skjønnsutøvelse lagt vekt på utenforliggende hensyn.

For borgeren vil det derfor være en viktig rettssikkerhetsgaranti at han har muligheten til å få overprøvd forvaltningens avgjørelser. Dette hensynet ivaretas i noen grad gjennom prøving av vedtak for domstolene, men på grunn av de praktiske utfordringer dette medfører med tanke på kostnad og tidsbruk samt at domstolene ikke har full mulighet til å overprøve kommunens skjønnsutøvelse er dette en kontroll som i mange tilfeller hverken er særlig praktisk eller fullstendig.

Her kommer altså muligheten for å klage til overordnet forvaltningsorgan inn som en særlig viktig ordning for å ivareta borgernes rettssikkerhet. Ved forvaltningsklage underlegges vedtaket en ny og fullstendig prøving. Klageinstansen har etter forvaltningsloven § 34 annet ledd rett til å prøve både saksbehandling, faktum, rettsanvendelse og forvaltningsskjønnet fullt ut.

## 5.2 Avveiningen mellom effektivitet og grundighet

Hensynet til borgerens rettssikkerhet må veies opp mot behovet for effektivitet i forvaltningen. Hvis man stiller for høye krav til grundighet og kontroll ved beslutninger fra forvaltningen vil dette kunne gå utover kvaliteten av det offentlige tjenestetilbudet.

Grundighet krever tid og ressurser og dette vil naturligvis gå på bekostning av noe. Også for den enkelte borger vil et for høyt krav til grundighet kunne gå ut over hans rettssikkerhet. Et vedtak vil for kunne miste sin aktualitet hvis saksbehandlingstiden i forvaltningen er uforholdsmessig lang.

### 5.3 Ulike krav til rettssikkerhet

Hvilke krav som tilles til borgerens rettssikkerhet vil kunne være avhengig av hvilket område av forvaltningen man befinner seg. I den ene enden av skalaen har man inngripende avgjørelser som ulike former for frihetsberøvelse og straff, som stiller særlig sterke krav til borgernes rettssikkerhet. I den andre enden har man vedtak som er knyttet til offentlig tjenesteyting og forvaltningens innvilgelse av søknader om tillatelser. Mange av disse offentlige tjenestene er imidlertid utformet som rettigheter for borgerne, blant annet på utdanningsområdet. Disse rettighetene er utformet slik at de skal være universelle. Det vil da ut fra hensynet til at borgerne skal få oppfylt disse rettighetene uavhengig av hvem de er og hvor de bor, kunne stilles store krav til rettssikkerheten på området.

## 6 Fylkesmannen som klageinstans

Hovedregelen for klage over enkeltvedtak fattet av forvaltningen er at enkeltvedtaket kan påklages til nærmeste overordnede forvaltningsorgan, av en part eller annen med rettslig klageinteresse jf. forvaltningsloven § 28, første ledd.<sup>22</sup> Videre sier § 28 annet ledd annen setning at for enkeltvedtak truffet av kommunestyret eller fylkestinget er departementet klageinstans. I mange tilfeller er denne kompetansen delegert til fylkesmannen. I tillegg til disse reglene er myndigheten som klageinstans etter flere særlover lagt hos Fylkesmannen. I noen tilfeller er fylkesmannens myndighet som klageinstans direkte regulert i loven, for eksempel i sosialtjenesteloven § 8-6 som sier at *”Enkeltvedtak som sosialtjenesten har truffet, kan påklages til fylkesmannen.”*<sup>23</sup> I andre tilfeller blir myndigheten lagt til fagdepartementet men delegert til fylkesmannen.

I saker på opplæringslovens område er myndigheten som klageinstans lagt til departementet jf. opplæringslovens § 15-2. Denne myndigheten er delegert videre til fylkesmennene, jf. delegasjonsbrev fra Kunnskapsdepartementet til Utdanningsdirektoratet av 4.7.2007 og brev fra Utdanningsdirektoratet til fylkesmennene av 13.9.2007.

### 6.1 Behovet for og hensynene bak en statlig klageinstans

Under arbeidet med den nye kommuneloven ble det blant annet sett på muligheten for å etablere ordninger slik at kommunale vedtak skulle kunne påklages til kommunale klageutvalg. Forslaget gikk også ut på at myndigheten som klageinstans etter særlov skulle flyttes fra staten over til disse kommunale klageutvalgene. Dette forslaget møtte mye motstand og resultatet ble at klageordningene etter særlov ble opprettholdt.<sup>24</sup>

Departementet uttalte da i forarbeidene til loven at:

---

<sup>22</sup> Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

<sup>23</sup> Lov av 13. desember 1991 nr.81 om sosiale tjenester m.v. § 8-6

<sup>24</sup> Det ble imidlertid innført en mulighet til å klage over kommunale vedtak som ikke er fattet i mehold av særlov, gjennom forvaltningsloven §28 annet ledd.



*”Det grunnleggende hensyn som ligger bak opprettelsen av klageordninger er hensynet til rettssikkerheten. Innbyggerne skal ha mulighet til å klage til et overordnet organ over vedtak som angår dem selv. Det er derfor nødvendig å vurdere svært nøye om andre hensyn som gjør seg gjeldende, f.eks. hensynet til det lokale folkestyret, er av en slik karakter og viktighet at det bør gå foran hensynet til rettssikkerheten. Det er videre av største viktighet for at en klageordning skal fungere etter hensikten, at innbyggerne har tillit til at de får en uhildet, sakkyndig og nøytral overprøving av saken i klageomgangen.”<sup>25</sup>*

Og videre at:

*”Departementet mener videre at det i alminnelighet vil være den beste ordningen for klageren at klagen avgjøres av nøytrale, uavhengige og utenforstående organer - det vil i praksis si fylkesmannen eller et annet statlig forvaltningsorgan.”*

Her vises det tydelig at det er ulike hensyn som står opp mot hverandre bak slike klageordninger. På den ene siden skal klageordningen bidra til å sikre at rettssikkerheten til partene i forvaltningssaker blir ivaretatt, ved at andre enn de som fattet vedtaket kontrollerer og prøver dette. Dette hensynet er det da antatt at blir bedre ivaretatt av et organ som er uavhengig av kommunen eller fylkeskommunen som har fattet vedtaket som førsteinstans. Et slik uavhengig, regionalt organ vil også bedre kunne sikre en likebehandling av saker ved at man da har oversikt over flere lokale beslutningstagere. Videre vil det av hensyn til statens behov for å få gjennomført sine nasjonale målsetninger og sikre at borgerne får de offentlige tjenester de har krav på, være viktig å ha en uavhengig instans som kan sikre at disse målsetningene blir gjennomført på lokalt nivå.

På den andre siden står altså hensynet til det lokale folkestyret. Ved å ha en statlig klageinstans, med full mulighet til å overprøve kommunens vedtak vil man gjøre et stort inngrep i kommunens mulighet til prioritere ut i fra lokale behov. På den ene siden har kommunen fått ansvaret for offentlig tjenesteyting, men på den andre siden har staten lagt så strenge føringer gjennom særlover og kontrollfunksjoner, som klagemulighetene,

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) Om lov om kommuner og fylkeskommuner s. 214

at denne myndigheten har blitt uthulet. Det kan sis at hvis *”alt de folkevalgte kan foreta seg er å bevilge penger til tjenester som de selv ikke har nevneverdig innflytelse på innhold og omfang av, er det bedre at disse tjenestene overføres eller tilbakeføres til staten.”*<sup>26</sup>

## 6.2 Saksgangen i klagesaken

Saksgangen i en forvaltningsklagesak starter med at klager skal rette sin klage til det forvaltningsorgan som fattet vedtaket som påklages jf. forvaltningsloven § 32.

Vedtaksorganet skal da ta stilling til de anførsler klager kommer med og kan etter dette velge å oppheve eller endre vedtaket hvis de finner grunn til dette jf. forvaltningsloven § 33 andre ledd. Hvis vedtaksorganet kommer til at de opprettholder sitt opprinnelige vedtak, skal de etter forvaltningsloven § 33 fjerde ledd, oversende saken til klageorganet, i dette tilfellet fylkesmannen. Fylkesmannen skal da påse at saken er tilstrekkelig opplyst og i tilfeller hvor den ikke er det, kan fylkesmannen pålegge vedtaksorganet å foreta de undersøkelser som trengs for at den skal bli det jf. forvaltningsloven § 33 femte ledd.

Når saken kommer til fylkesmannen skal det tas stilling til om vilkårene for å behandle saken foreligger. Disse vilkårene er blant annet om klager har klagerett, at avgjørelsen kan påklages eller klagen er rettidig innsendt. Foreligger ikke disse vilkårene skal klagen avvises. Hvis fylkesmannen tar saken til behandling, og i sin behandling av klagen ikke velger å stadfeste vedtaket kan han etter forvaltningsloven § 34 fjerde ledd enten fatte nytt vedtak i saken, eller oppheve vedtaket og sende det tilbake til førsteinstansen for ny behandling.<sup>27</sup> I alle de tre tilfellene regnes fylkesmannens avgjørelse som et enkeltvedtak. Dette vedtaket er endelig og kan, hvis ikke spesielle vilkår er oppfylt, ikke påklages videre jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd. Er klager fortsatt uenig i vedtaket må han bringe saken inn for domstolene for å få vedtaket overprøvd.

---

<sup>26</sup> Bernt (1994) s. 73

<sup>27</sup> Mer om dette i kapittel 9

### 6.3 Fylkesmannens kompetanse i klagesaker

Utgangspunktet for fylkesmannens prøvingskompetanse i klagesaker kommer frem av forvaltningsloven § 34 annet ledd som sier at:

*”Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham. Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.”*

Klageinstansen, i mitt tilfelle fylkesmannen, har altså kompetanse til å prøve alle sider av saken, herunder faktum, saksbehandling, lovanvendelse og skjønnsutøvelse. I bestemmelsen ligger det også en plikt for fylkesmannen til å i hvert fall prøve de anførsler klager kommer med, men også en mulighet for å trekke inn andre momenter da også forhold som har inntrådt etter at vedtaket ble fattet.

Fylkesmannens prøving av saken skal altså være en *”fullstendig ny prøving på fritt grunnlag av saken så langt klagen rekker eller klageinstansen ellers finner grunn til det.”*<sup>28</sup>

Dette er altså en prøvingskompetanse som rekker lengre enn den mulighet domstolene har ved prøving av forvaltningsvedtak. Domstolens hovedoppgave er å utøve en legalitetskontroll. Etter den ulovfestede læren om domstolskontroll av forvaltningsvedtak skal domstolene i utgangspunktet være tilbakeholdne med å prøve det som kan sies å ligge innefor forvaltningens skjønnsutøvelse. De vil altså ikke foreta det som kan kalles en hensiktsmessighets- eller rimelighetskontroll av forvaltningsvedtaket. Domstolenes kontroll med forvaltningsskjønnet vil være avgrenset til den såkalte myndighetsmisbrukslæren, hvor man kontrollerer om

---

<sup>28</sup> Frihagen (2003) s. 260

avgjørelsen bygger på utenforliggende hensyn eller om det er foretatt usaklig forskjellsbehandling.<sup>29</sup>

I gjennomgangen av klagesakene hos fylkesmannen var et av momentene jeg vurderte hvilken feil i førsteinstansens vedtak som var grunnen til at fylkesmannen fant grunn til å enten oppheve eller omgjøre vedtaket. På forhånd hadde vi delt inn disse i kategoriene; saksbehandlingsfeil, lovanvendelsesfeil og feil i skjønnsutøvelsen. Etter å ha gått gjennom en del vedtak ble det klart at det i mange saker kunne være snakk om feil innen alle disse tre kategoriene. Oppgaven ble da å peke ut den mest fremtredende feilen, eller den feilen som det ble lagt mest vekt på i fylkesmannens argumentasjon.

I det følgende vil jeg gjøre rede for disse tre kategoriene.

### 6.3.1 Saksbehandlingsfeil

Saksbehandlingsfeil vil være feil som medfører brudd med det man kan kalle den prosessuelle rettssikkerheten, eller de krav som stilles til hvordan et forvaltningsvedtak blir truffet.

*”Saksbehandlingen må være slik at det tilveiebringes et betryggende beslutningsgrunnlag. Vi må kunne føle oss overbevist om at saken er grundig og allsidig belyst, at sakens parter har fått komme til orde og har kunnet ivareta sine interesser, og at man har fått frem et korrekt og fullstendig faktagrunnlag for avgjørelsen.”<sup>30</sup>*

Forvaltningsloven har en rekke bestemmelser som stiller krav til forvaltningsorganenes saksbehandling. Sentralt i dette står for eksempel kravet til at saken skal være tilstrekkelig opplyst etter § 17, habilitetskravet til beslutningstagerne etter § 6 og de krav som stilles til utformingen av et enkeltvedtak etter bestemmelsene i §§23 til 25. Det at de prosessuelle kravene er fulgt vil ikke nødvendigvis føre til at det materielle

---

<sup>29</sup> Frihagen (2003) s. 295

<sup>30</sup> Frihagen (2003) s. 43

innholdet i vedtaket er riktig og motsatt vil vedtaket kunne være riktig selv om det er begått saksbehandlingsfeil.

Om det er begått saksbehandlingsfeil, vil være sentralt både i domstolenes prøving av forvaltningsvedtak og fylkesmannens behandling av klagesaker.

### 6.3.2 Lovanvendelsesfeil

Med lovanvendelsesfeil, eller rettsanvendelsesfeil menes feil hvor vedtaksorganet har fattet vedtak på grunnlag av feil bestemmelse eller lagt til grunn en feilaktig tolkning av bestemmelsen. Under begrepet lovanvendelse kommer også subsumsjonen av den ferdig tolkede bestemmelsen anvendt på faktum i saken. I denne oppgaven har jeg valgt å kategorisere feil i faktum og klageinstansens kontroll av dette som en del av begrepet. Dette er et forhold som både klageinstansen og domstolene kan prøve.

### 6.3.3 Skjønnsutøvelse / fritt skjønn

Dette er det punktet som skiller domstolenes og klageinstansens mulighet til kontroll med forvaltningsvedtak. I skjønnsutøvelsen kan vi skille mellom det som kan kalles forvaltningsskjønn og rettsanvendelsesskjønn.

Enkelte av de avgjørelser forvaltningsorganer tar, er fullt ut er rettslig normert. Det vil altså si at avgjørelsen tas på bakgrunn av tolkning av rettskilder som lov, forarbeider og rettspraksis. Selv om det her kan være snakk om bestemmelser som gir rom for flere løsninger og legger opp til en viss grad av skjønn, er dette et skjønn som er rettslig normert. I prinsippet vil det i disse tilfellene kun være et alternativ som er juridisk riktig. Dette skjønnet er ofte kalt rettsanvendelsesskjønn. I tilfeller hvor skjønnet bærer preg av spesielt tekniske eller faglige vurderinger vil domstolene tilbakeholdne med å overprøve dette skjønnet.

I motsetning til det rent lovbundne rettsanvendelsesskjønnet har domstolene i utgangspunktet ikke mulighet til å overprøve forvaltningsskjønnet.<sup>31</sup> Dette skjønnet er også omtalt som det frie skjønn, eller diskresjonært skjønn og det siktes da til det skjønn som ikke er fullt ut regulert av lov og som gir vedtaksorganet en frihet i valg mellom ulike løsninger. Eckhoff/Smith (2010) beskriver det frie skjønn slik *”det frie skjønn er den avveining myndighetene gjør når loven gir rom for ulike løsninger eller ulike avveininger av hensyn, det vil si der forvaltningen har et visst spillerom for ulike løsninger som alle er innenfor loven.”*<sup>32</sup> Det at skjønnet kalles fritt medfører ikke at forvaltningen kan utøve dette slik de vil. Domstolene vil i alle tilfeller ha mulighet til å prøve om forvaltningsorganet har gått utenfor sin kompetanse, om det er tatt utenforliggende hensyn, om avgjørelsen er vilkårlig eller om det er begått usaklig forskjellsbehandling.<sup>33</sup> Klageinstansen har i utgangspunktet kompetanse til å prøve det frie skjønnet fullt ut. Unntak fra dette finnes for eksempel i sosialtjenesteloven<sup>34</sup> § 8-7 som sier at fylkesmannen ved prøving av det frie skjønn i klagesaker etter denne loven, kun kan endre vedtaket når skjønnet er ”åpenbart urimelig”.

Feil i skjønnsutøvelsen har man når forvaltningen ikke har vurdert relevante hensyn i saken eller vektingen av hensynene er feil.

#### 6.3.4 Fritt skjønn og hensynet til det kommunale selvstyre

Som nevnt ovenfor<sup>35</sup> kan den utstrakte bruken av særlover på ulike områder for offentlig tjenesteyting sees på som en betydelig inngripen i det kommunale selvstyre. Videre er ordningen med statlig organ som klageinstans, med kompetanse til å overprøve skjønnsutøvelsen i enkeltvedtak fattet av kommune eller fylkeskommune medfører også dette. Klageinstansen vil da kunne få siste ord i enkeltsake og men også gjennom å fatte vedtak som kan skape presedens for hvordan skjønnsutøvelsen skal

---

<sup>31</sup> Eckhoff /Smith 2010 s. 383

<sup>32</sup> Eckhoff og Smith 2010

<sup>33</sup> Eckhoff og Smith 2010 s 405 flg,

<sup>34</sup> Lov av 13.12.1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v.

<sup>35</sup>Se kapittel 4

være i kommunen eller fylkeskommunen. Dette kan igjen medføre økte utgifter for kommunen og være en stor hindring for de prioriteringer kommunene ønsker å ha.

På grunn av dette ble det i såkalte Særlovprosjektet<sup>36</sup> fremmet forslag om at prøvingskompetansen til statlige klageorgan skulle begrenses. De tre forslagene som ble vurdert var:

*”a) om det bør innføres en generell regel etter mønster av sosialtjenestelovens system om at statlig klageinstans bare kan overprøve det kommunale skjønnet når dette er klart eller åpenbart urimelig,*

*b) om det bør innføres en modell som innebærer at statlig klageinstans ikke selv kan treffe nytt realitetsvedtak i en klagesak, men er henvist til eventuelt å oppheve kommunens vedtak og sende saken tilbake til ny behandling,*

*c) om det bør innføres et system som innebærer at statlig klageinstans ikke har plikt til å prøve kommunens/fylkeskommunens frie skjønnsutøvelse, men at adgangen til overprøving av også denne fortsatt står ved lag.”<sup>37</sup>*

Ingen av disse forslagene ble videreført og i begrunnelsen for dette uttaler departementet

*”Høringsrunden har i liten grad gitt direkte tilslutning til det foreslåtte alternativet for begrensning av statlige klageinstansers prøving av kommunesektorens frie skjønn. Flere kommuner og Kommunenes Sentralforbund synes forslaget er for lite vidtrekkende. Fylkesmennene og andre statlige instanser samt de fleste interesse- og fagorganisasjonene mener imidlertid at forslaget både vil innebære svekket rettssikkerhet for klagerne og dessuten medføre uklarheter og problemer i praksis.*

*Departementet har på bakgrunn av høringsuttalelsene og etter en nærmere vurdering av forslaget kommet til at det ikke bør foretas en lovendring i tråd med forslaget i høringsnotatet. Høringsuttalelsene, særlig fra fylkesmennene, viser imidlertid at det i*

---

<sup>36</sup> Ot. Prp. Nr. 51 (1995-96) Om lov om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner (særlovprosjektet fase 2)

<sup>37</sup> Ot. Prp. Nr. 51 (1995-96) s. 38

*praksis allerede utvises tilbakeholdenhet med å overprøve kommuneforvaltningens frie skjønnsutøvelse. Etter departementets mening bør et slikt prinsipp for forholdet mellom staten og kommunene i klagebehandlingen nedfelles i en lovregel. Departementet har derfor kommet til at det bør foretas en tilføyelse i forvaltningsloven § 34 andre ledd om at statlig klageinstans skal legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.* ”<sup>38</sup>

Løsningen som ble valgt finner vi i siste setning i forvaltningsloven § 34 annet ledd og ble lagt til etter en lovendring i 1997. Bestemmelsen sier at ” *Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.* ” Klageinstansen, i min oppgave vil det da si fylkesmannen, har altså en plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, men kun ved prøving av det frie skjønn.

For fylkesmannen som klageinstans skal ikke denne reglen være en begrensning i prøvingsretten. Fylkesmannen har i motsetning til domstolene mulighet til å prøve alle sider av saken jf. forvaltningsloven § 34 første ledd første setning og forarbeidene er klare på at regelen ikke er ment å føre til en mindre omfattende prøving av det frie skjønn. Om dette uttaler departementet:

*”I forhold til klagernes rettsikkerhet er regelen ikke ment å innebære noe signal om mindre prøving av det frie skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum skal klageinstansen vurdere alle anførsler fremsatt i klagen. Dette vil fortsatt være tilfelle, men tilføyelsen i § 34 andre ledd tredje punktum innebærer at klageinstansen i tillegg til klagers anførsler skal legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre. I praksis vil dette innebære en viss terskel for klageinstansen i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak på grunnlag av overprøving av det frie skjønnet.* ”<sup>39</sup>

Bestemmelsen sier at det skal legges vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, men ikke hvor stor vekt dette skal få. I forarbeidene er det om dette uttalt at bestemmelsen ”*kan tilpasses de ulike områdene alt etter i hvor sterk grad hensynet til*

---

<sup>38</sup> Ot. Prp. nr. 51 (1995-96) s.41

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 42



*det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende”<sup>40</sup>. Hvor stor betydning denne bestemmelsen skal få avhenger dermed av en avveining av hensynet til det kommunale selvstyret sett opp mot andre hensyn, som for eksempel hensynet til klagers rettssikkerhet, eller hensynet til nasjonal styring. Samtidig sies det at bestemmelsen ikke skal ”innebære en svekkelse av rettssikkerheten for parter og klagere i forvaltningssaker”<sup>41</sup>*

Som eksempler på hvordan bestemmelsen kan tilpasses ulike rettsområder nevner forarbeidene blant annet barnevernssaker, der klagers rettssikkerhet bør veie tyngre enn hensynet til det kommunale selvstyret og klager på vedtak om omdisponering av dyrket mark etter jordloven § 9, der hensynet til nasjonal styring kan tenkes å veie tyngre.

Hvordan denne bestemmelsen får innvirkning i fylkesmannens behandling av klagesaker etter opplæringsloven er det ikke nevnt noe om i forarbeidene. Det er heller ikke gitt konkrete retningslinjer på dette området av departementet, slik det foreslås i forarbeidene.<sup>42</sup>

Kommunal- og regionaldepartementet kom i 1998 med et rundskriv om retningslinjer for statlig klagebehandling, der de ulike departementene kom med retningslinjer på sitt lovområde i tillegg til en generell del som var utarbeidet av lovavdelingen i Justisdepartementet.<sup>43</sup> I denne generelle delen sies det:

*”En bør merke seg at lovendringen ikke innebærer at klageinstansens vurdering av skjønnsutøvelsen skal bli mindre grundig eller mindre detaljert enn før. Det statlige klageorganet skal på samme måte som før sette seg inn i alle sider ved det skjønnet kommunen har utøvd. Plikten til å ”legge vekt på hensynet til kommunalt selvstyre” betyr derimot at klageinstansen, etter at alle elementene i skjønnet er kartlagt og vurdert, må ta stilling til om argumentene som taler for et annet resultat enn det kommunen kom frem til, er tilstrekkelig tungtveiende til å veie opp for hensynet til det kommunale selvstyre.*

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 41

<sup>41</sup> Ot.prp. 51 (1995-96) s. 42

<sup>42</sup> Ot.prp. 51 (1995-96) s. 41

<sup>43</sup> Rundskriv H-2103 (1998) Retningslinjer for statlig klagebehandling – forvaltningsloven § 34

*Uttrykket "legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret" er en rettslig standard uten noe fasttømret innhold (jf. Ot.prp. nr. 51 s. 41 h sp). Formålet med bestemmelsen er å legge til rette for en mindre intensiv statlig overprøving av kommunal/fylkeskommunal skjønnsutøvelse. Bestemmelsen gir ikke nærmere holdepunkter for hvor tungt hensynet til det kommunale selvstyret skal veie. Ordlyden legger opp til en relativ tilnærming, hvor vektleggingen av hensynet til det kommunale selvstyret kan variere meget avhengig av saksområde og konkrete forhold i den enkelte saken. Det følger av den løsningen lovgiverne har valgt at det ikke lar seg gjøre på generelt grunnlag å fastsette eksakt hvor tungt hensynet til kommunalt selvstyre skal veie. Her skal det kun eksempelvis nevnes noen av de hensyn som generelt bør være sentrale i vurderingen. De ulike hensyns relative vekt kan variere etter saksområdet (Ot.prp. nr. 51 (1995-96) side 41)."*

På utdanningslovenes område vises det i rundskrivet til brev fra Kirke- utdannings og forskningsdepartementet til Statens utdanningskontor av 2.10.1997, der det opplyses om lovendringen og sies at *"Regelen ikke får betydning for klageinstansens vurdering av om rettigheter og plikter etter utdanningslovgivningen er oppfylt"* Dette er en uttalelse som ikke sier spesielt mye om hvordan hensynet til det kommunale selvstyret skal vektes på dette området. Elevens rettigheter og plikter er uansett ikke underlagt forvaltningsskjønnet og rundskrivet gir dermed ingen holdepunkter for hvordan bestemmelsen får innvirkning på prøving av det frie skjønn på opplæringslovens område.

Jeg vil i det følgende kapitlet derfor gjøre rede for de mest sentrale bestemmelsene som det er klaget over i mitt utvalg og drøfte momenter som vil kunne være av betydning for hvor stor betydning forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum får i klager på de ulike bestemmelsene.

## 7 Opplæringsloven

Lov 17.07.1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa, opplæringsloven, trådte i kraft 1.8.1999. Loven erstattet da lov av 13.06.1969 nr. 24 om grunnskolen, lov av 21.06.1974 nr. 55 om videregående opplæring og lov av 23.05.1980 nr. 13 om fagopplæring i arbeidslivet. Målsettingen med den nye loven var å få et lovverk som bedre kunne fungere som styringsmiddel for skole-Norge.<sup>44</sup>

Loven inneholder primært bestemmelser for grunnskolen og den videregående opplæringa, men også enkelte bestemmelser som gjelder barn under skolepliktig alder og særskilt organisert voksenopplæring.

I det følgende skal jeg komme med en redegjørelse for de bestemmelsene det er klaget over i de sakene jeg har gått gjennom.

### 7.1 Opplæringslovens kapittel 5 spesialundervisning

I opplæringsloven § 1- 3 finner vi prinsippet om tilpasset opplæring, som gir alle elever rett til en opplæring som er tilpasset deres evner og forutsetninger. Dette prinsippet er ikke definert som en rettighet til den enkelte elev, men det er noe skolen og lærerne skal strekke seg etter jf. forarbeidene til loven<sup>45</sup>.

#### 7.1.1 Opplæringsloven § 5-1 rett til spesialundervisning

De elevene som ikke har, eller ikke kan få tilfredsstillende utbytte av det ordinære undervisningstilbudet har rett til spesialundervisning etter opplæringsloven § 5-1. Dette gir, i motsetning til prinsippet om tilpasset opplæring, eleven et krav på en undervisning som er tilpasset og tilrettelagt den enkelte. Spesialundervisningen skal ha et innhold som gjør at det samlede tilbudet kan gi eleven et forsvarlig utbytte i forhold til andre elever og de opplæringsmål som er realistiske for eleven. Det innebærer ikke at eleven skal ha et optimalt tilbud, men at det skal gi eleven et tilbud som er likeverdig med det

---

<sup>44</sup> Raugland (1999) s. 21

<sup>45</sup> NOU 1995:18 Ny lovgivning om opplæring s.103

andre elever får jf. forarbeidene til loven<sup>46</sup> og rettspraksis. I den såkalte ”Malvik dommen”<sup>47</sup> uttalte høyesterett at:

*”Om et skoletilbud er likeverdig, må således bedømmes konkret. Kjæremålsutvalget er ikke enig med lagmannsretten i at skjønnsutøvelsen etter § 5 annet ledd ikke kan prøves av domstolene. Lovbestemmelsen gir imidlertid ikke eleven noe rettskrav på all den opplæring som han måtte ha behov for eller som han kan nyttiggjøre seg. Det må på dette som på andre områder skje en avgrensing ut fra de tilgjengelige ressurser. Det gjelder også ressurser av økonomisk karakter. I lovens krav om at opplæringen må være likeverdig med den opplæring som gis i grunnskolen, ligger imidlertid at opplæringen må fylle visse minimums- og likhetskrav, og at dette er en rettighet som kan håndheves ved domstolene.”*

Elever med rett til spesialundervisning vil ha et likeverdig tilbud når de har ”omtrent dei same sjansane for å nå dei måla som er realistiske å setje for han, som andre elevar har for å realisere sine mål med det ordinære opplæringstilbodet”<sup>48</sup>. Videre er det i juridisk teori uttalt at ”Likeverdskravet er en rettslig standard, hvis nærmere innhold er skiftende og variabelt. Innholdet beror på en bred og nyansert vurdering av flere forhold. Herunder elevens forhold og utviklingskapasitet, opplæringens kvalitet og omfang, varighet, økonomiske ressurser og likeverdighet som ressursfordelingskrav.”<sup>49</sup>

I tillegg til at eleven eller dens foreldre kan kreve at skolen foretar en vurdering om det er behov for spesialundervisning etter opplæringsloven § 5-4 første ledd første setning, følger det også en plikt for undervisningspersonalet om å vurdere om en elev trenger spesialundervisning og melde fra til rektor når slike behov er til stede etter § 5-4, første ledd, andre setning.

Før det fattes vedtak om spesialundervisning skal det foreligge sakkyndig vurdering av de særlige behov eleven måtte ha og hvilket tilbud eleven bør ha, jf. opplæringsloven § 5-3 første ledd. Den sakkyndige vurderingen skal foretas av den pedagogisk-psykologiske tjenesten (PP- tjenesten) som alle kommuner og fylkeskommuner er

---

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 46 (1997-98) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa s. 168

<sup>47</sup> Rt. 1990:360 og Rt. 1993: 811

<sup>48</sup> Ot.prp. nr. 46 (1997-98) s. 168

<sup>49</sup> Kjellemo(1995) s. 74 flg.

pålagt å ha jf. opplæringsloven § 5-6. PP- tjenesten skal da utarbeide en sakkyndig vurdering der det skal vurderes en rekke punkter som nevnt i opplæringsloven § 5-3 annet ledd. Den sakkyndige vurderingen er kun rådgivende<sup>50</sup>, men vedtaksorganet blir pålagt en særskilt begrunnelsesplikt i tilfeller hvor de velger å avvike fra denne etter § 5-3 siste ledd. En av grunnene til dette kommer også til uttrykk i forarbeidene der det sies:

*”Siden retten til spesialundervisning må ses på bakgrunn av elevens mulighet for utbytte av det ordinære opplæringstilbud, vil en elev som har rett til spesialundervisning i én skole, ikke nødvendigvis ha rett til dette i en annen skole dersom denne skolen i større grad makter å tilpasse det ordinære opplæringstilbudet og på den måten imøtekomme de ulike elevenes behov.”<sup>51</sup>*

Denne begrunnelsesplikten går utover de generelle krav som stilles til å begrunne enkeltvedtak i forvaltningsloven § 25 og skal blant annet vise hvorfor kommunen eller fylkeskommunen mener eleven likevel vil få et opplæringstilbud som oppfyller dens rettigheter.

Videre skal kommunen eller fylkeskommunen fatte enkeltvedtak både i de tilfeller det konkluderes med at eleven har rett på spesialundervisning og i de tilfeller hvor det konkluderes med at eleven ikke har det. I utformingen av vedtaket og elevens opplæringstilbud skal det legges opp til samarbeid med eleven og foreldrene og deres syn skal tillegges stor vekt etter opplæringsloven § 5-5 siste ledd.

Retten til spesialundervisning fører ikke med seg en plikt til å motta slik undervisning. Dette kommer frem av opplæringsloven § 5-4 annet ledd som sier at det skal innhentes samtykke fra eleven eller foreldre hvis eleven er under 15 år, både før sakkyndig vurdering blir gjennomført og før et eventuelt vedtak om spesialundervisning skal igangsettes.

Elever som har rett på spesialundervisning har også rett på en individuell opplæringsplan jf. opplæringsloven § 5-5. Denne planen skal inneholde hvilke må

---

<sup>50</sup> NOU 1995:18 s. 127

<sup>51</sup> NOU 1995:18 s. 103

opplæringen skal ha og hvordan opplæringstilbudet skal være for at man skal oppnå disse målene. Bestemmelsen pålegger også skolen å utarbeide en rapport hvert halvår hvor det gjøres rede for hva slags opplæring som har blitt gjennomført og hvordan eleven ligger an i forhold til de målsetninger som kommer frem av den individuelle opplæringsplanen.

#### 7.1.1.1 Opplæringsloven § 4A-2 rett til spesialundervisning på grunnskolens område<sup>52</sup>

Opplæringsloven § 4A-2 sier at *”Voksne som ikke har eller som ikke kan få tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet for voksne, har rett til spesialundervisning.”* Denne bestemmelsen innebærer altså at voksne som har rett på et opplæringstilbud etter opplæringsloven § 4A-1, men ikke har tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet etter denne bestemmelsen, har rett til spesialundervisning etter bestemmelsene i kapittel 5.

Etter § 4A-2 annet ledd har voksne som har behov for opplæring ut over ordinær undervisning for å *”kunne utvikle eller halde ved like grunnleggjande dugleik”* rett på slik opplæring. Bestemmelsen retter seg da særlig mot voksne som på grunn av alvorlig sykdom, ulykker, eller store medfødte handikapp har behov for tiltak som kan vedlikeholde eller gjenopprette grunnleggende ferdigheter. I forarbeidene<sup>53</sup> sies det at *”Begrepet ”grunnleggende ferdigheter” er i den forbindelse ment å dekke ADL-trening, grunnleggende kommunikasjonsferdigheter, grunnleggende lese- og skriveferdigheter, motorisk trening o.l.”*

Rettighetene etter denne bestemmelsen og prosessen som skal ligge til grunn, er videre regulert av bestemmelsene i opplæringsloven §§ 5-3, 5-4, 5-5 og 5-6, altså de samme bestemmelsene som ligger til grunn for saker om spesialundervisning etter § 5-1.

---

<sup>52</sup> Bestemmelsen som omhandler spesialundervisning på grunnskolens område for voksne er plassert i kapittel 4A i opplæringsloven, men jeg har valgt å behandle den her, i sammenheng med § 5-1, da det er store likheter mellom disse to bestemmelsene.

<sup>53</sup> NOU 1995:18 s. 121

### 7.1.2 Opplæringslovens § 5-7, Spesialpedagogisk hjelp før opplæringspliktig alder

Barn under skolepliktig alder faller ikke inn under bestemmelsen i § 5-1 om spesialundervisning siden denne bestemmelsen retter seg mot skoleelever. Derimot har de rett på spesialpedagogisk hjelp etter opplæringsloven § 5-7 dersom de har et særlig behov for dette. Denne retten gjelder alle førskolebarn, uansett alder.<sup>54</sup> Begrepet ”spesialpedagogisk hjelp” er benyttet fordi dette tilbudet ”omfattar *meir enn det ein vanlegvis legg i ”spesialundervisning”. Ei slik hjelp kan omfatte leikotekverksemd, trenings- og stimuleringstiltak og rettleiing til foreldra og til personalet i barnehagen.*”<sup>55</sup>

Saksgangen og saksbehandlingen frem mot et vedtak om spesialpedagogisk hjelp følger i stor grad det samme mønsteret som for spesialundervisning. Det vil blant annet si at det skal foreligge sakkyndig vurdering fra PP- tjenesten, det skal legges vekt på samarbeid med foreldre og det skal utarbeides halvårsrapporter. Det er likevel noen forskjeller, som at det ikke er noe krav til at det skal utarbeides en individuell opplæringsplan og at noen av de momentene PP- tjenesten skal vurdere i sin sakkyndige vurdering etter opplæringsloven § 5-3 tredje ledd ikke vil være aktuelle. Grunnen til dette er at barn i førskolealder ikke har et ordinært opplæringstilbud, slik elever i skolepliktig alder har.

### 7.1.3 Bestemmelsenes forhold til det kommunale selvstyret

I saker etter opplæringslovens kapittel 5 (som utgjør flertallet av de sakene jeg har gjennomgått) vil ikke hensynet til det kommunale selvstyret være av betydning i vurderingen av hvorvidt eleven har rett på dette, da eleven etter loven har krav på spesialundervisning hvis han/hun ikke får et ”*tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet*”<sup>56</sup> og barn som ”*har særlege behov for spesialpedagogisk hjelp, har*

---

<sup>54</sup> Helgeland (2006) s. 199

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 46 (1997-98) s. 168

<sup>56</sup> Opplæringsloven §5-1

*rett til slik hjelp.*”<sup>57</sup> Vurderingen om hvorvidt eleven har *”tilfredsstillende utbytte”* eller barnet har *”særlege behov”* er begrep som riktignok gir et visst rom for skjønn, men i denne sammenheng, hvor det er snakk om bestemmelser som gir barnet eller eleven en *”rett”* til et særlig tilbud, vil dette skjønnnet være et rent rettsanvendelsesskjønn. Dette vil fylkesmannen kunne prøve uten å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret etter forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum.

Hvorvidt dette også gjelder spørsmålet om omfang og innhold i tilbudet er mer usikkert. På den ene side kan det anføres at dette er en vurdering som kan få stor betydning for den enkelte kommune eller fylkeskommunes disponering av budsjettmidler. I den generelle delen av rundskrivet om statlig klagebehandling er det sagt at *”at hensynet til kommunalt selvstyre står sterkere ved overprøving av skjønn knyttet til tjenesteyting, kan også begrunnes ut fra andre hensyn, fordi denne skjønnsutøvelsen som regel har budsjettmessige konsekvenser for kommunen/ fylkeskommunen..”*<sup>58</sup> Dette kan også være forhold som førsteinstansen har større forutsetninger for å si noe sikkert om. Det kan være forhold ved den enkelte skole som gjør at elevens rettigheter kan ivaretas for eksempel gjennom tilpasset opplæring etter opplæringsloven § 1-3

På den annen side har vedtaksorganet en særskilt begrunnelsesplikt ved avvik fra den pedagogisk psykologiske tjenestens tilråding i slike saker, jf. opplæringsloven § 5-3 siste ledd. PP- tjenesten skal være faglig uavhengige av kommunen og kommunen har ikke myndighet til å gi føringer eller instruks på hva utredningen fra PP- tjenesten skal gå ut på, eller hva konklusjonen av en slik tilråding skal være.<sup>59</sup> Ved avvik er forarbeidene klare på at det ikke vil være tilstrekkelig med en *”henvisning til økonomiske rammer”*<sup>60</sup> i en slik begrunnelse og at det ikke vil være *”adgang til å foreta en standardnedskjæring i forhold til den sakkyndige tilråding, for så å henvise til økonomiske forhold.”* Dette er altså et moment som trekker i retning av at hensynet til det kommunale selvstyret gjennom kommunens budsjetter for tjenesteyting ikke vil ha særlig vekt. I Norge har også enhetsskolen og tanken om like utdanningsmuligheter for elever uavhengig av geografisk plassering og lokale forhold stått sterkt. Dette er også et

---

<sup>57</sup> Opplæringsloven §5-7

<sup>58</sup> Rundskriv H-2103

<sup>59</sup> NOU 1995:18 s. 126

<sup>60</sup> NOU 1995:18 s. 128



moment som trekker i retning av at det er lite rom for fritt skjønn i tildelingen av ressurser i denne typen saker.

## 7.2 Opplæringslovens § 8-1, Skolen

### 7.2.1 Opplæringslovens § 8-1 første ledd første punktum, nærskoleprinsippet

Opplæringsloven § 8-1 første ledd første punktum gir elever i grunnskolen en rett til å gå på den skolen som *”ligg nærast eller ved den skolen i nærmiljøet som dei soknar til”*. Denne retten gjelder gjennom hele grunnskolen og selv om det i ordlyden kan se ut som om det foreligger to alternativ, ”nærast” eller ”den dei soknar til” er det til sammen et uttrykk for at eleven har rett til å gå på den nærmeste skolen.<sup>61</sup> Retten gjelder kun innenfor den kommunen eleven er bosatt i, selv om den nærmeste skolen ligger i en annen kommune.

For å komme frem til hvilken skole som er den nærmeste skal det tas utgangspunkt i geografiske forhold, som avstand, trafikk og topografi.<sup>62</sup> Andre forhold det kan tas hensyn til er om eleven har søsken plassert på den samme skolen og kapasiteten ved den enkelte skole.<sup>63</sup> Når det sies at det kan tas hensyn til kapasitet kan man i utgangspunktet tenke seg at dette gjelder både den fysiske kapasiteten ved skolen og kapasiteten med tanke på personalressurser. Helgeland hevder at det kun vil være hensynet til den fysiske kapasiteten ved skolebygget som kan begrunne avvik fra prinsippet om at eleven skal gå på den skolen som ligger nærmest. Dette begrunnet i at man ved å kunne ta hensyn til manglende personalressurser vil *”gjøre rettighetene etter § 8-1 forholdsvis innholdsløse og svært vanskelige å håndheve.”*<sup>64</sup>

Loven åpner også for at kommunen kan vedta forskrifter om hvordan skolegrensene skal trekkes. En slik forskrift må være i tråd med det som kan tolkes ut av elevens rett

---

<sup>61</sup> Helgeland (2006) s. 231

<sup>62</sup> NOU 1995:18 s. 133

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 46 (1997-98) s. 178

<sup>64</sup> Helgeland (2006) s. 233

etter opplæringsloven § 8-1 første ledd første punktum<sup>65</sup>. I slike tilfeller må kommunen gi berørte parter en mulighet til å uttale seg jf. forvaltningsloven § 37 og forskriften må også følge de formkrav som stilles etter forvaltningsloven § 38.<sup>66</sup>

### 7.2.2 Opplæringslovens § 8-1 annet ledd, skolebytte

Ønsker eleven å gå på en annen skole enn den han har rett til å gå på etter opplæringsloven § 8-1 første ledd første punktum, kan han søke om dette etter opplæringsloven § 8-1 annet ledd. Denne bestemmelsen gir altså eleven kun en mulighet til å søke og ingen rett til å gå på en annen skole. Eleven kan etter denne bestemmelsen også søke om å få gå på en skole i en annen kommune enn hjemkommunen, men dette er da avhengig av at denne kommunen også innvilger søknaden.

Det at valg av skole ikke skal være en rettighet er blant annet begrunnet i prinsippet om enhetsskolen der ” *skolen skal vere ein obligatorisk møteplass for alle barn, uavhengig av økonomisk, sosial eller etnisk bakgrunn og uavhengig av evnene til barnet.* ”<sup>67</sup>

Innvilgelse av en søknad om bytte av skole kan heller ikke gå på bekostning av andre elevers rett til å gå på den skolen som ligger nærmest etter bestemmelsens første ledd,

### 7.2.3 Bestemmelsens forhold til det kommunale selvstyret

Når det gjelder saker etter opplæringslovens § 8-1 første ledd er forholdet til det kommunale selvstyret klart. Spørsmålet om nærscoleprinsippet i første ledd ligger under kommunens frie skjønn eller ikke, er behandlet av Sivilombudsmannen<sup>68</sup>. I hans uttalelse legges det vekt på at begrepet ”*nærast*” hverken er ”*vagt eller skjønnspreget*” og videre at bestemmelsen gir eleven en ”*rett*” til å gå på den skolen som ligger

---

<sup>65</sup> Sivilombudsmannen sier i SOM 2001/1838 at en slik forskrift ikke utelukkende kan fastsette skolegrenser på bakgrunn av geografiske forhold, men at det også må være en åpning for at man kan ta i betraktning hensyn som plassering av søsken og forhold ved skoleveien.

<sup>66</sup> Helgeland (2006) s. 235

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 46 (1997-98) s. 178

<sup>68</sup> SOM 2000/0815

nærmest bostedet. Denne retten vil bli undergitt ” *store begrensninger dersom kommunen gis svært stor frihet ved de vedtak om skoleplassering som må treffes for den enkelte elev*”. Sivilombudsmannen konkluderer derfor med at skjønnet etter § 8-1 første ledd er et rettsanvendelseskjønn slik at regelen i forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje setning ikke kommer til anvendelse når klageinstansen skal behandle saken.

Elever som ønsker å gå på en annen skole enn den de tilhører etter rettighetene i § 8-1 første ledd, gis mulighet til å søke om dette etter bestemmelsens annet ledd. Av dette følger det at eleven ikke har en rett til å gå på en annen skole, men at kommunen, etter behandling av elevens søknad kan innvilge det. Bestemmelsen ordlyd, ”*kan eleven takast inn på annan skole*” trekker også i retning av at dette er avgjørelser som klart ligger under kommunens frie skjønn. I disse sakene vil derfor fylkesmannen måtte trekke inn hensynet til det kommunale selvstyret i sin klagesaksbehandling.

## 8 Hvilke saker og sakstyper omfattes av utvalget

	FYLKESMANNEN I FINNMARK	FYLKESMANNEN I MØRE OG ROMSDAL	FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS
§ 4A-2		6	1
§ 5-1	26	28	21
§ 5-7	5	16	11
§ 8-1	19		17
SUM	50	50	50

Tabell 1 Bestemmelser som omfattes av utvalget

Tabellen viser hvordan sakene jeg har gjennomgått fordeler seg på de ulike bestemmelsene i opplæringsloven. Som nevnt innledningsvis i oppgaven har jeg behandlet alle saker de tre embetene behandlet i 2009 etter bestemmelsene §§ 5-1, 5-7 og 4A-2, og i tillegg 3 klager etter § 5-1 fra Fylkesmannen i Finnmark.

I de aller fleste av klagene etter disse bestemmelsene, klages det over antallet timer med spesialpedagogiske ressurser som er tildelt av skolen anses å være for lite for å dekke det behov eleven har. Ofte er ikke skolens tilbud om spesialundervisning i samsvar med det antall timer som PP- tjenesten har angitt i sin sakkyndige tilråding. Dette er med på å synliggjøre at eleven kunne hatt behov for mer enn det som har blitt tildelt og gir nok en del foreldre en oppfordring til å klage.

Tatt i betraktning at elevantallet i Møre og Romsdal er omtrent en fjerdedel av det det er i Oslo og Akershus, er det interessant å se at det i Møre og Romsdal er flere klager over bestemmelsene om spesialundervisning og spesialpedagogisk hjelp, enn det er i Oslo og Akershus, Det er heller ikke slik at det er en mye høyere andel av elever i Møre og Romsdal som får spesialundervisning.<sup>69</sup> Andre årsaker som da kan tenkes er enten at det fattes flere vedtak i Møre og Romsdal som gir foreldrene grunn til å klage gjennom svak saksbehandling i førsteinstansen, eller eventuelt at borgerne har mer kunnskap om sin mulighet til å klage til fylkesmannen.

---

<sup>69</sup> Statistikk 2010 fra SSB: <http://www.ssb.no/utgrs/tab-2011-02-18-02.html>

Klagene etter opplæringsloven § 8-1 er omtrent en fjerdedel av sakene som ble behandlet av Fylkesmannen i Oslo og Akershus i 2009, mens i Finnmark er det alle saker fra 2009 og 11 saker som er behandlet i 2010. Disse klagene går i all hovedsak ut på at eleven har blitt plassert på en skole de ikke ønsker av ulike grunner, gjerne på grunn av avstand til skolen, eller det at de har søsken og/eller venner på en annen skole. Begrunnelsen for at kommunen ikke har innvilget søknad om skolebytte, eller at eleven ikke har fått plass ved den skolen som er nærmest, er i de aller fleste tilfeller manglende kapasitet på den aktuelle skolen. Dette er et forhold skolen etter forarbeidene kan legge vekt på i sin behandling av saken og resultatet blir at fylkesmannen stadfester så å si alle vedtakene etter denne bestemmelsen.

I sakene etter opplæringsloven § 8-1 er det interessant at det ikke foreligger noen klager etter denne bestemmelsen i Møre og Romsdal. Ut fra årsrapporten<sup>70</sup> fra embetet var det heller ikke klagesaker etter denne bestemmelsen i 2008. En kunne kanskje tenke seg at grunnlaget for dette lå i det at spredt bosetting og lite press på skolene førte til at mange elever fikk oppfylt sine ønsker om skoleplassering, men denne teorien stemmer dårlig overens med tallene fra Finnmark. I Finnmark, et fylke med enda lavere befolkningstetthet, er klagesaker etter denne bestemmelsen ganske vanlig. Fylkesmannen i Møre og Romsdal hadde heller ikke noen forklaring på dette fenomenet.

---

<sup>70</sup> <http://arapp.fylkesmannen.no>

## 9 Klagens utfall

En forvaltningsklage har etter forvaltningsloven § 34 fjerde ledd tre mulige utfall, klageinstansen (i dette tilfellet fylkesmannen) kan enten velge å stadfeste førsteinstansens vedtak, oppheve vedtaket og sende det tilbake til førsteinstansen for ny behandling (oppheving), eller den kan selv fatte nytt vedtak (omgjøring<sup>71</sup>). Dette er utfall som kan benyttes uavhengig av om klager kan sies å ha fått medhold i klagen eller ikke. Finner for eksempel klageinstansen feil ved vedtaket, men er enig i resultatet kan klageinstansen rette feilen og fatte nytt vedtak, altså foreta en omgjøring.

Mellomløsninger finnes også, så som delvis stadfesting, delvis omgjøring eller delvis oppheving. I oppgaven har jeg kun valgt å skille mellom stadfesting, oppheving og omgjøring, da mellomløsningene ikke var ofte brukt i de vedtakene jeg gikk gjennom. De få tilfellene hvor klager fått delvis medhold, gjennom delvis omgjøring, vil resultatet være registrert som omgjøring i min statistikk. Jeg har brukt kvantitativ metode for å finne forskjellene, og alminnelig juridisk metode for å se hva som ligger til grunn for utfallet av klagesaken.

Fylkesmannen står i utgangspunktet fritt til å velge mellom oppheving og omgjøring i saker hvor det av ulike årsaker ikke er grunn til å stadfeste førsteinstansens vedtak jf. forvaltningsloven § 34 *”Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.”*Loven gir ikke noen føringer på når de forskjellige alternativene skal benyttes. Forarbeidene til forvaltningsloven gir heller ikke noen særlige føringer på når det er mest hensiktsmessig å benytte det ene alternativet fremfor det andre.

Forvaltningslovkommisjonen uttaler i forarbeidene at:

*”I motsetning til hva som gjelder i prosessen bør man i forvaltningen overlate til praksis – alt etter sakens stilling og beskaffenhet – å velge hva vedtaket i klagesaker skal gå ut på. Det må være nok å peke på – som man her har gjort – at det kan være spørsmål om avvisning av klagen, om opphevelse av vedtaket og hjemvisning til ny behandling og om ny realitetsavgjørelse. Heller ikke bør det bli tale om i loven å*

---

<sup>71</sup> Se begrunnelse for bruk av begrepet omgjøring i kapittel 9.1.3

*fastsette klageinstansens kompetanse i klagesaken. Ingen er tjent med å få en klageordning som er en stiv prosessordning, og hensynet til den enkeltes stilling er også best varetatt ved at klageinstansen ikke blir for sterkt bundet av formregler.”<sup>72</sup>*

Likevel vil det være tilfeller hvor det ene alternativet vil kunne være mer hensiktsmessig enn det andre. Utfallene kan også ha ulik virkning overfor førsteinstansen. En oppheving vil kunne oppfattes som et mindre overprøvende resultat enn det en omgjøring vil kunne være. Uavhengig av utfallet er fylkesmannens avgjørelse et enkeltvedtak, slik at reglene i forvaltningsloven for enkeltvedtak kommer til anvendelse.

#### 9.1.1 Stadfestelse av førsteinstansens vedtak

Hvis saken er tilstrekkelig opplyst, eller fylkesmannen selv klarer å opplyse den, og embetet gjennom en ny vurdering av saken kommer til at de er enige i førsteinstansens vedtak, skal vedtaket stadfestes. Fylkesmannens vedtak vil da erstatte det vedtak det er klaget over

#### 9.1.2 Oppheving av førsteinstansens vedtak

Hvis fylkesmannen finner at det er noe feil ved vedtaket kan han velge å oppheve vedtaket. Dette er ikke et realitetsvedtak i saken, men medfører at førsteinstansens vedtak slutter å eksistere og at førsteinstansen må behandle og ta stilling til saken på nytt. Forvaltningsloven § 34 omtaler dette som oppheving og tilbakesending til underinstansen til hel eller delvis ny behandling. I oppgaven vil jeg omtale dette som kun oppheving, men det innebærer da også en tilbakesending for ny behandling i førsteinstansen.

---

<sup>72</sup> NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning s. 295

Oppheving vil kunne være mest aktuelt i de tilfeller der klageinstansen finner mangler ved vedtaket, men saken er ikke tilstrekkelig opplyst til at fylkesmannen kan behandle den og det er behov for undersøkelser som underinstansen har større forutsetning for å foreta. Dette uttales både i forarbeidene til forvaltningsloven, hvor det sies ”avgjørende for hvilken form klageinstansen her skal nytte, vil naturligvis være de muligheter den selv har for å skaffe de nødvendige bevismidler ved overprøvelsen”<sup>73</sup> og i juridisk teori<sup>74</sup>. Det blir da opp til klageinstansen å vurdere hvorvidt de har grunnlag for å fatte et nytt vedtak eller ikke og om de selv kan innhente den informasjon som mangler for at de kan foreta en ny vurdering av saken.

Et annet tilfelle hvor oppheving kan være mer aktuelt enn omgjøring er hvis førsteinstansen har gitt en tillatelse, med grunnlag i feil bestemmelse, men det kan tenkes at tillatelsen likevel kan gis med grunnlag i en annen.

### 9.1.3 Omgjøring av førsteinstansens vedtak

Hvis fylkesmannen kommer til at klagen skal få medhold kan han også omgjøre førsteinstansens vedtak. I forvaltningsloven benyttes dette begrepet egentlig i sammenheng med forvaltningens mulighet til å omgjøre et vedtak utenfor klagesak jf. forvaltningsloven § 35 og etter forvaltningsloven § 34 siste ledd er det mer riktig å si at fylkesmannen kan endre førsteinstansens vedtak gjennom å ”selv treffe nytt vedtak”. Grunnen til at jeg likevel benytter ”omgjøring” er at det er et begrep som går igjen i forskning på området<sup>75</sup> slik at det vil være lettere å foreta sammenlikninger ved at begrepsbruken er lik. Omgjør fylkesmannen førsteinstansens vedtak vil det opprinnelige vedtaket naturlig nok bli erstattet av vedtaket fylkesmannen har fattet.

I juridisk teori er det fra flere hold hevdet at omgjøring vil være det ”riktige” valget hvis saken er tilstrekkelig opplyst. Eckhoff/Smith uttaler at ” *hvis klageinstansen har tilstrekkelig grunnlag for å treffe nytt vedtak, bør den gjøre det, slik at saken kan bli*

---

<sup>73</sup> NUT 1958:3 s. 295

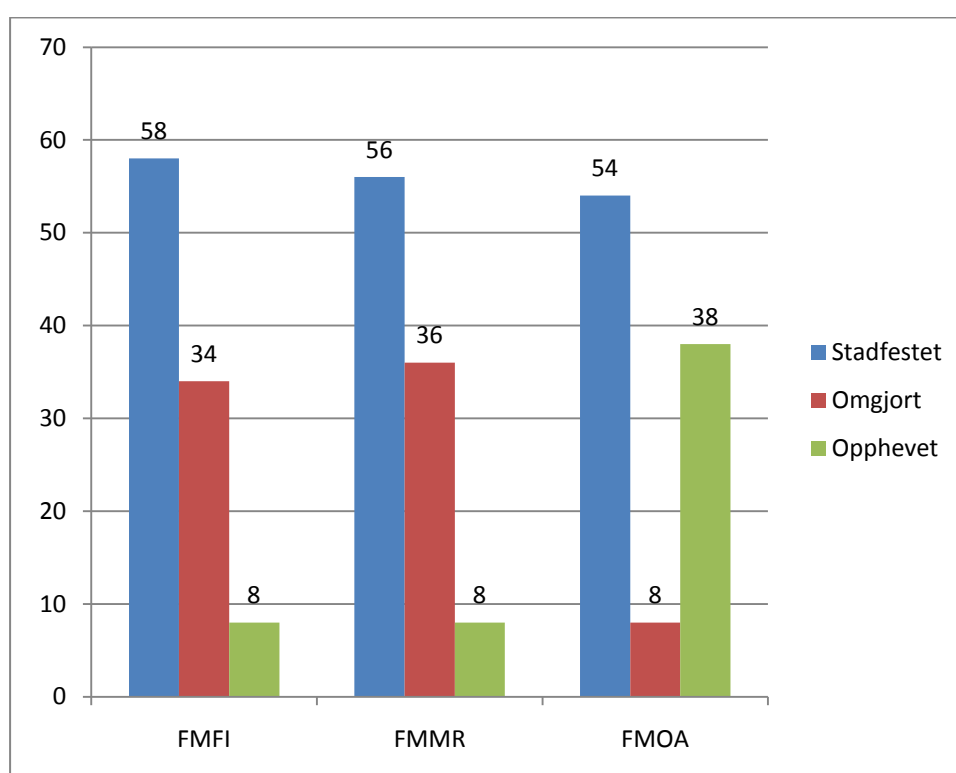
<sup>74</sup> Woxholth (2009) s. 523 og Eckhoff/Smith (2010) s 324

<sup>75</sup> Andenæs (1992), Terum/With (2007), Riksrevisjonen dokument nr. 3:12 (2000-2001) og Statskonsult rapoort 2001:03



endelig avgjort så raskt som mulig”<sup>76</sup>, mens Woxholth sier at ”klageinstansen [bør] av hensyn til tidsfaktoren alltid treffe nytt realitetsvedtak selv i saker som er rimelig oversiktlige.”<sup>77</sup> Når fylkesmannen har valget mellom oppheving og omgjøring vil altså hensynet til klagerens behov for å få saken avgjort kunne komme inn. Hvilken tyngde dette momentet skal få vil være avhengig av hva det klages over.

## 9.2 Presentasjon av data



Figur 1 Utfallet av klagesaken i prosent fordelt på embetene

Figur 1 viser utfallet av alle klagesakene jeg har gått gjennom fordelt på de ulike embetene.

Omfanget av saker der klager ikke har fått medhold og førstinstansens vedtak er stadfestet er relativt likt i de tre embetene. Likevel er det en liten forskjell mellom Fylkesmannen i Oslo og Akershus med minst stadfestede vedtak (54 %) og

<sup>76</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.324

<sup>77</sup> Woxholth (2009) s. 523

Fylkesmannen i Finnmark med størst andel stadfestede vedtak (58 %). I et utvalg på denne størrelsen (50 vedtak i hvert embete) vil denne forskjellen innebære kun to flere stadfestede vedtak i Fylkesmannen i Finnmark enn i Fylkesmannen i Oslo og Akershus. Årsaken til dette kan være tilfeldigheter, som for eksempel utvelgelsen av saker, slik at det ikke kan sies at det er noen markant forskjell mellom embetene i vedtak som blir stadfestet.

Andelen av saker der klager har fått medhold (saken er opphevet eller omgjort) er da nødvendigvis også ganske likt. Det er først hvis man skiller mellom saker der utfallet har blitt at fylkesmannen har omgjort vedtaket og saker hvor fylkesmannen har opphevet vedtaket at man kan se relativt store ulikheter mellom embetene.

I henholdsvis 34 og 36 % av sakene fra Fylkesmannen i Finnmark og Fylkesmannen i Møre og Romsdal endte fylkesmannen opp med å omgjøre førsteinstansens vedtak. Hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus ble bare 8 % av sakene omgjort. Motsatt ble 8 % av sakene fra Fylkesmannen i Finnmark og Fylkesmannen i Møre og Romsdal opphevet, mens hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus ble resultatet i 38 % av sakene at førsteinstansens vedtak ble opphevet og sendt tilbake. Selv med et begrenset antall saker vil jeg si dette er såpass klare forskjeller at det ikke kan forklares med tilfeldigheter.

Det er også en forholdsvis lav andel klagesaker hvor førsteinstansen vedtak blir stadfestet. Dette er tydelig hvis man ser disse tallene opp mot tall fra tidligere undersøkelser om fylkesmennenes praksis på andre rettsområder. I undersøkelsen til Terum/With (2007) på sosialområdet lå stadfestelsesprosenten i gjennomsnitt på rundt 80 % og varierte mellom 75 og 90 %. I en undersøkelse utført av Riksrevisjonen<sup>78</sup> av klagesaksbehandlingen etter plan- og bygningsloven og sosialtjenesteloven i 8 fylker, lå gjennomsnittlig stadfestelsesprosent på 80,7 % og varierte mellom 63,6 % og 98,2 %. Hva grunnene til dette kan være har ikke vært fokus for min oppgave. Likevel kan man jo spekulere i om dette kan tyde på at fylkesmennene er mer kritiske til førsteinstansen i klager etter opplæringsloven, at det er et område hvor det er mer å utsette på

---

<sup>78</sup> Riksrevisjonen Dokument nr. 3:12 (2000-2001)

førsteinstansens vedtak, at det er kun i de groveste tilfellene at det blir klaget over disse sakene, eller om det er liten bevissthet blant foreldre rundt hva slags tilbud deres barn får i skolen.

## **10 Begrunnelse for klagens utfall**

Ut fra statistikken kan man se at det er store forskjeller i klagens utfall i de tre embetene. Videre vil jeg se på hva som er begrunnelsen for at et vedtak oppheves eller omgjøres.

For å belyse dette har jeg valgt å ta utgangspunkt i klagesaker etter opplæringsloven kapittel 5, altså klager på spesialundervisning etter § 5-1 og spesialpedagogisk hjelp etter § 5-7. Dette fordi det gjennomgående er i disse sakene fylkesmannen finner grunner til ikke å stadfeste førsteinstansens vedtak. Av de andre klagesakene førte kun en sak i Finnmark (omgjort) og en sak i Oslo og Akershus (opphevet) til et annet resultat enn stadfestelse av førsteinstansens vedtak.

En vanlig feil som blir påpekt av fylkesmannen i klagesakene etter bestemmelsene om spesialundervisning og spesialpedagogisk hjelp, er at førsteinstansens vedtak ikke er i samsvar med den sakkyndige vurderingen som PP- tjenesten har utarbeidet. Videre har ikke førsteinstansen oppfylt den særskilte begrunnelsesplikten de har etter opplæringsloven § 5-3 siste ledd, ved slike avvik fra PP- tjenestens sakkyndige vurdering.<sup>79</sup> Det er forståelig at det klages i slike saker med tanke på at det er foretatt en behovsprøvelse og en utredning av et uavhengig og faglig kompetent organ og dette ikke følges opp i førsteinstansen vedtak.

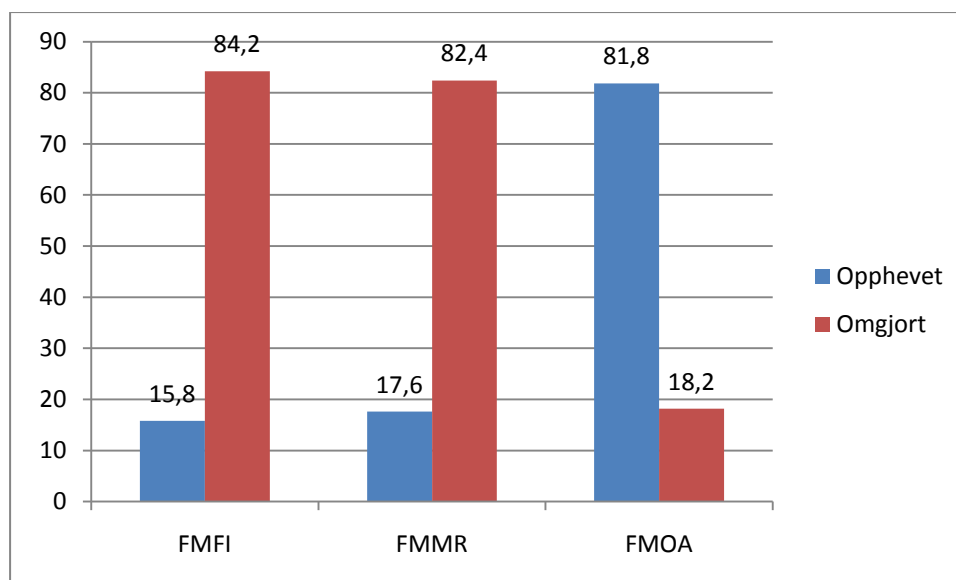
---

<sup>79</sup> Se mer om dette i kapittel 7.1

En annen vanlig mangel i disse sakene er at den sakkyndige vurderingen fra PP-tjenesten, enten er for gammel og utdatert, eller at den er uklar og ikke følger de krav som stilles til en sakkyndig vurdering etter opplæringsloven § 5-3 annet ledd.

Disse manglene fant jeg igjen i klagesakene hos alle de tre embetene og det var derfor interessant å se hvordan embetene behandlet disse manglene på ulike måter og se hvordan de fikk ulike følger for klagens utfall.

I det følgende skal jeg ta for meg hvert enkelt embete og vise hvilke utfall disse manglene får.



Figur 2 Forholdet mellom oppheving og omgjøring i saker etter opplæringsloven kap. 5 i prosent

### 10.1 Fylkesmannen i Finnmark

I Finnmark fikk klager medhold i 19 av 31 (61,2 %) saker på dette området. Av disse 19 sakene ble resultatet i 3 saker (15,8 %) at førsteinstansens vedtak ble opphevet og i 16 saker (84,2 %) ble vedtaket omgjort. I de tre sakene som ble opphevet var 2 begrunnet med at førsteinstansen ikke hadde sørget for en sakkyndig vurdering slik de plikter etter opplæringsloven § 5-3 første ledd. I den siste var den sakkyndige vurderingen som forelå for gammel. Sakene var altså ikke tilstrekkelig opplyst, da

viktig dokumentasjon som skal ligge til grunn for vedtaket som var fattet manglet. Dette førte til at fylkesmannen ikke hadde grunnlag for å ta stilling til det materielle innholdet i vedtaket. Dette er som nevnt tidligere et typisk tilfelle hvor førsteinstansen kan ha bedre forutsetninger for å innhente den dokumentasjon som trengs for å fatte et nytt vedtak og resultatet i klageinstansen blir derfor oppheving.

I sakene som ble omgjort var begrunnelsen i samtlige tilfeller at førsteinstansen ikke hadde oppfylt begrunnelsesplikten etter opplæringsloven § 5-3 siste ledd. Dette illustreres i et av vedtakene, der det sies at:

*«Begrunnelsen er lite tilfredsstillende, og det er vanskelig å forstå hvilket tilbud klager har fått. Begrunnelsen sees generelt sett som standardisert og knapp.»<sup>80</sup>*

Også i de andre vedtakene er begrunnelsene fra førsteinstansen omtalt som *”lite tilfredsstillende”* eller *”svært knappe og standardiserte”*. I noen tilfeller er begrunnelsen i tillegg til å være knapp og standardisert også basert på hensynet til skolens økonomiske utfordringer. Dette er ikke et hensyn man kan bygge en begrunnelse på etter forarbeidene. Kommunen kan kun bruke økonomi som begrunnelse ved reduksjon av elevens ressurstildeling hvis dette er begrunnet i en nedskjæring i tilbudet til alle elever og at likeverdsvurderingen som skal foretas i disse sakene dermed vil medføre at elever med spesialundervisning også vil få en reduksjon i tilbudet. Dette var ikke tilfelle i noen av sakene.

Fylkesmannen konkluderer med at førsteinstansen etter dette ikke har oppfylt sin begrunnelsesplikt etter opplæringsloven og fatter da et nytt vedtak som i samtlige tilfeller følger PP- tjenestens sakkyndige vurdering hva gjelder omfang og innhold i opplæringstilbudet.

---

<sup>80</sup> Sak 2009 – 2337 Fylkesmannen i Finnmark

## 10.2 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

I Oslo og Akershus utgjør klager på spesialundervisning og spesialpedagogisk hjelp 33 saker. Klager fikk medhold i 22 av disse 33 sakene (73,3 %). Av klagen som fikk medhold ble resultatet oppheving i 18 saker (81,8 %) og omgjøring i 4 saker (18,2 %)

Også i sakene fra Oslo og Akershus er manglende begrunnelse for avvik fra PP-tjenestens sakkyndige vurdering et vanlig fenomen. I 10 saker er denne feilen påpekt av fylkesmannen. Betydningen denne mangelen får er derimot annerledes enn i de to andre embetene. I 8 av disse sakene førte den manglende begrunnelsen til at fylkesmannen opphevet saken.

Dette illustreres for eksempel i en sak<sup>81</sup> hvor PP-tjenesten i sin sakkyndige vurdering har tilrådd at eleven skal få 17 timer individuell tilrettelegging og i tillegg 20 timer spesialundervisning organisert som enetimer i norsk. Rektor ved skolen fattet vedtak om 20 timer individuell tilrettelegging, men innvilger ikke timer i norsk, da de ”for å utnytte ressursene og sørge for å oppnå best læring gir skolen ikke enetimer i fag.”

Fylkesmannen konkluderer i sitt vedtak med at:

*”Fylkesmannen mener skolen ikke kan drive opplæring etter slike prinsipper, da det for elever med behov for spesialundervisning må tas i betraktning ulike behov i opplæringen for å oppnå likeverdighet.”*

*”Fylkesmannen mener rektors begrunnelse i dette tilfellet er for generell, og gir lite eller ingen presisering av hvordan eleven skal få et forsvarlig utbytte av opplæringen. Rektor skriver i enkeltvedtaket at lærer som følger opp den generelle oppfølgingen av eleven, også kan gjøre dette i norskfaget. Dette oppfatter Fylkesmannen mer som kun en påstand for et annet synspunkt, enn en begrunnelse og presisering av hvilket tilbud eleven faktisk skal få. På denne bakgrunn oppheves vedtaket, og Fylkesmannen gir klager medhold.”*

---

<sup>81</sup> Sak 2009 – 22174 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

I en annen sak<sup>82</sup> tilrår PP- tjenesten 380 årstimer med assistent for at eleven skal få et tilfredsstillende utbytte av undervisningen. Kommunen innvilger ikke dette da de mener eleven ikke har et slikt behov. Fylkesmannen sier i sitt vedtak at:

*”Fylkesmannen mener det kommer klart frem fra PP- tjenestens tilråding at spesialundervisning i form av assistenttimer er en forutsetning for at eleven skal få et tilfredsstillende utbytte av ordinær undervisning. Fylkesmannen finner derfor at avslaget på søknad om spesialundervisning er fattet på feil grunnlag. På bakgrunn av overnevnte vurdering opphever FM vedtaket av dd.mm.åååå og sender det tilbake til Oslo kommune for ny behandling.”*

Dette viser en viss tilbakeholdenhet til å omgjøre førsteinstansens vedtak. Hvis fylkesmannen har en klar oppfatning av hvilket tilbud som vil gi eleven et tilfredsstillende utbytte av opplæringen vil det kunne anføres at de da bør benytte seg av sin mulighet til å fatte et nytt vedtak om dette.

### 10.3 Fylkesmannen i Møre og Romsdal

Hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal består utvalget mitt av kun saker som kommer inn under bestemmelsene for spesialundervisning og spesialpedagogisk hjelp. Statistikken for stadfestelse, oppheving og omgjøring blir da som nevnt ovenfor i punkt 9.2. I 44 % (23 saker av 50) av klagesakene fikk klager medhold og av disse ble 17,4 % (4 saker) opphevet og 82,6 % (19 saker) ble resultatet omgjøring.

Embetet benytter seg altså i stor grad av omgjøring i de tilfeller hvor klager får medhold. Det som skiller Fylkesmannen i Møre og Romsdal fra Fylkesmannen i Finnmark, som også har en stor andel av omgjøring fremfor oppheving, er at de ikke nødvendigvis faller ned på det som er tilrådet av PP-tjenesten. Dette vises særlig i to saker.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Sak 2009 – 13783 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

<sup>83</sup> Sak 2009 – 4413 Fylkesmannen i Møre og Romsdal og Sak 2009 – 4513 Fylkesmannen i Møre og Romsdal

I den første saken var saksforholdet det at kommunen i sitt vedtak hadde avveket fra PP- tjenestens sakkyndige vurdering. Fylkesmannen kom til at begrunnelsen for dette avviket ikke var godt nok. Fylkesmannen foretok en grundig vurdering av dokumentasjon i saken, deriblant innholdet i den sakkyndige vurderingen, utdypinger til denne vurderingen, den individuelle opplæringsplanen, halvårsrapporter og referat fra ansvarsgruppemøter. Fylkesmannen kom etter dette frem til at eleven hadde behov for en større lærerressurs og mindre assistentressurs enn det som kom frem av PP- tjenestens vurdering. Fylkesmannen påpekte også at kommunen måtte sørge for en ny sakkyndig vurdering for eleven før neste vedtak om spesialundervisning skulle fattes.

Fylkesmannen så altså selv grunn til å fravike den sakkyndige vurderingen med begrunnelse av at den ikke var tilstrekkelig oppdatert og at den andre dokumentasjonen i saken viste at eleven hadde et annet behov enn det som kom frem av både kommunens vedtak og den sakkyndige vurderingen fra PP- tjenesten.

I den andre saken kom også fylkesmannen frem til et annet resultat enn både PP- tjenesten og kommunen. Her konkluderte også fylkesmannen med at kommunene hverken hadde gitt noen faglig begrunnelse for å ikke å gi eleven spesialundervisning og at kommunen heller ikke hadde synliggjort hva slags opplæring eleven ville få for å gi han et forsvarlig opplæringstilbud. Fylkesmannen vurderte så PP- tjenestens tilråding opp mot halvårsrapporten og den individuelle opplæringsplanen og kom til at den gode utviklingen etter planen må tillegges vekt og at PP- tjenestens tilråding om større assistentressurs manglet tilstrekkelig begrunnelse. Fylkesmannens konklusjon ble derfor at forrige års tildeling av spesialundervisningsressurser ga et tilfredsstillende resultat og at dette skulle legges til grunn for neste års tildeling.

#### 10.4 Oppsummerende vurderinger

Ved å sammenligne disse sakene fra de tre embetene vil man ikke kunne trekke skråsikre slutninger. Ingen saker er helt identiske og det vil være forskjeller i sakens faktum. I tillegg vil det kunne være faglige, pedagogiske vurderinger i dokumentasjonen som jeg ikke har forutsetninger for å vurdere, embetene kan sitte på



lokalkunnskap som jeg ikke kjenner til, embetene kan ha innhentet muntlig informasjon som jeg ikke har tilgang til osv. Likevel vil det være en god del klare likheter. For det første omhandler alle sakene spesialundervisning eller spesialpedagogisk hjelp. Videre er den dokumentasjon som ligger til grunn for vedtakene den samme. De sentrale dokument det er snakk om er, sakkyndig vurdering fra PP- tjenesten, halvårsrapporter og individuell opplæringsplan jf. opplæringsloven §§ 5-3 og 5-5.

Det er også i stor grad snakk om de samme typer mangler ved vedtakene i de tre embetene. Som tidligere nevnt er gjengangerne manglende begrunnelse for avvik fra sakkyndig vurdering, mangelfull, eller utdatert sakkyndig vurdering, eller vedtak som er uklare og ikke oppfyller de krav som stilles til et enkeltvedtak etter forvaltningslovens og opplæringslovens regler.

Sammenlagt gjør dette at jeg mener å ha grunnlag for å antyde visse tendenser i embetenes saksbehandling. Hvilket embete som har mest ”riktig” klagesaksbehandling har jeg ikke forutsetning for å si noe om, men jeg vil i det følgende komme med noen synspunkter for og imot de tendensene jeg synes jeg kan se.

Den sakkyndige vurderingen er kun ment å være et rådgivende når førsteinstansen skal fatte vedtak om spesialundervisning eller spesialpedagogisk hjelp. Hvis den som fatter vedtaket mener at eleven får oppfylt sine rettigheter på annet vis enn det som blir tilrådet i den sakkyndige vurderingen står de fritt til å vedta dette. Det eneste det stilles krav til er at dette eventuelle avviket begrunnes særskilt ved at man viser hvordan elevens rettigheter likevel skal bli oppfylt. Det er i mitt materiale trekk ved saksbehandlingen som tyder på at de tre embetene behandler mangler i begrunnelsesplikten etter opplæringsloven § 5-3 siste ledd ulikt.

Mangler ved begrunnelsen kan sees på flere måter. På den ene siden kan en mangelfull begrunnelse gi holdepunkter for å si at førsteinstansen ikke har belyst og vurdert saken godt nok. Frihagen (2003) uttaler at *”mangler ved begrunnelsen er ofte et symptom på*

*at saksutredningen ikke har vært tilfredsstillende.*”<sup>84</sup> Mangelen kan altså kategoriseres som en saksbehandlingsfeil.

På den annen side kan det være forhold ved begrunnelsens materielle innhold, som er mangelfulle. Førsteinstansen har altså sørget for at saken er godt nok opplyst og har vurdert den tilstrekkelig, men viser gjennom begrunnelsen at de har lagt til grunn en uriktig tolkning av loven, eller viser gjennom sin begrunnelse at de ikke kan ivareta elevens rettigheter på annet vis enn det som kommer frem av den sakkyndige vurderingen. I dette tilfellet vil altså feilen kategoriseres som en lovanvendelsesfeil, eller rettsanvendelsesfeil.

Når fylkesmannen da finner mangler ved begrunnelsen vil det oppstå spørsmål om hvordan man skal kategorisere denne feilen og om førsteinstansen skal få en ny sjanse til å komme med en bedre og mer utdypende begrunnelse ved at fylkesmannen opphever vedtaket, eller om det vil være en grunn til at fylkesmannen bør omgjøre vedtaket.

I det første tilfellet vil det kunne anføres at det i tilfeller av en slik saksbehandlingsfeil vil være mest naturlig å oppheve saken og sende den tilbake til førsteinstansen for at den skal bli tilstrekkelig opplyst. Det virker som om dette er det rådende synet i sakene fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus. Her blir i all hovedsak førsteinstansens vedtak opphevet og førsteinstansen blir bedt om å komme med en bedre begrunnelse for hvordan de tenker at elevens rettigheter skal ivaretas ved avvik fra PP- tjenestens tilråding.

Mot dette kan det anføres at man da bare gir førsteinstansen en ny mulighet til å komme med en ny og bedre begrunnelse, når de gjennom sitt opprinnelige vedtak har vist at det kanskje ikke er noen gode grunner for at man skal kunne fravike det som er tilrådet fra PP- tjenesten. I juridisk teori er det uttalt at

---

<sup>84</sup> Frihagen (2003) s. 203

*”En domstol eller forvaltningsorgan som overprøver et vedtak, [kan] ha interesse av å se hvordan det er begrunnet, hvis det for eksempel oppstår spørsmål om det er tatt utenforliggende hensyn. Da er det spesielt begrunnelser som gis samtidig med at vedtak blir fattet, som har betydning. I begrunnelser som først gis etter at det er oppstått tvist, vil usakligheter gjerne være luket bort.”<sup>85</sup>*

I tilfeller som nevnt ovenfor vil det ikke være snakk om at det er tatt utenforliggende hensyn og at begrunnelsen fra førsteinstansen inneholder usakligheter, men uttalelsen vil kunne ha en viss overføringsverdi. Det vil være lettere for førsteinstansen å komme med en bedre begrunnelse i etterkant av at et vedtak er fattet og fylkesmannen gjennom sin behandling av klagen har påpekt hva som er mangelfullt med begrunnelsen som ble gitt i det opprinnelige vedtaket.

Fylkesmannen i Finnmark synes å legge den andre forståelsen til grunn. Hvis begrunnelsen fra førsteinstansen ikke er tilfredsstillende velger de å omgjøre vedtaket. I sitt nye vedtak legger de da stor vekt på PP- tjenestens sakkyndige vurdering. Vedtaket er da i samsvar med det PP- tjenesten har tilrådet, både hva gjelder innhold i opplæringstilbudet og omfanget av dette. Det blir ikke foretatt noen vurdering av om det kan foreligge andre begrunnelser for avviket. Hvis det blir vurdert kommer det i hvert fall ikke frem av fylkesmannens vedtak.

En slik praksis vil være til gunst for den enkelte elev, særlig i de tilfeller hvor det heller ikke kan sies å finnes noen andre, faglig gode begrunnelser for å avvike fra PP- tjenestens tilråding. Eleven vil da få avklart sine rettigheter på en raskere måte enn hvis vedtaket hadde blitt opphevet, behandlet i kommunen på nytt og man da hadde kommet frem til at man ikke hadde noen tilstrekkelig begrunnelse for avviket. På den annen side kan en slik praksis også føre til at det blir tildelt større spesialpedagogiske ressurser enn det som kan være nødvendig. Da særlig i de tilfeller hvor førsteinstansen i realiteten kan oppfylle elevens rettigheter på annen måte enn det som er tilrådet, men de har bare ikke klart å begrunne dette tilstrekkelig. Førsteinstansen får altså kun en sjanse til å vise

---

<sup>85</sup> Eckhoff og Smith (2010) s. 304

skolens eventuelle evne til å oppfylle elevens rettigheter på andre måter enn det PP-tjenesten har tilrådet.

Fylkesmannen i Møre og Romsdal har omtrent lik fordeling mellom oppheving og omgjøring som Fylkesmannen i Finnmark. Likevel er det ut fra det jeg kan se av vedtakene en forskjell i hvordan man kommer frem til resultatet. Der hvor Finnmark tilsynelatende kun vurderer begrunnelsen for avvik fra tilrådingen gjennom den sakkyndige vurderingen og i stor grad legger denne til grunn for sitt vedtak, går Fylkesmannen i Møre og Romsdal inn og vurderer hvorvidt det er sammenheng mellom det opplæringstilbudet som er vedtatt, PP- tjenestens sakkyndige vurdering, den individuelle opplæringsplanen, halvårsrapporter og eventuell annen dokumentasjon i saken og ut fra dette danner seg en mening om hvilke ressurser eleven har krav på. Dette er tydelig i alle saker fra Fylkesmannen i Møre og Romsdal, men særlig de to sakene som nevnt ovenfor illustrerer dette poenget godt.<sup>86</sup>

En annen måte å forklare forskjellene i praksis på er å se på hvor terskelen for å si at saken er tilstrekkelig opplyst for at fylkesmannen kan ta en realitetsavgjørelse, ligger i de tre embetene. Det kan synes som om Fylkesmannen i Oslo og Akershus har en høyere terskel enn Fylkesmannen i Finnmark og Fylkesmannen i Møre og Romsdal for å si at de har nok informasjon til å fatte et realitetsvedtak og de har også en høyere terskel for å innhente nye opplysninger selv. Fylkesmannen i Finnmark innhenter derimot i stor grad nye opplysninger selv for å få et tilstrekkelig grunnlag for å endre vedtaket. Fylkesmannen i Møre og Romsdal gjør også dette og støtter seg i tillegg til annen dokumentasjon i saken for å kunne si at saken er tilstrekkelig opplyst.

## 10.5 Embetenes syn på oppheving og omgjøring

I intervjurunden var et av temaene som ble tatt opp embetets forhold til oppheving og omgjøring. Her ble det også sett hen til en av konklusjonene i undersøkelsen til Treum/With (2007) hvor de sier

---

<sup>86</sup> Sak 2009 – 4413 Fylkesmannen i Møre og Romsdal og Sak 2009 – 4513 Fylkesmannen i Møre og Romsdal

*”Fylkesmennenes praksis kan gi inntrykk av at dette omfortolkes fra et juridisk til et pedagogisk spørsmål. Sentralt her blir hvordan klageinstansen best skal skolere/instruere/oppdra kommunene i arbeidet med å tildele og utmåle økonomisk stønad etter sosialtjenesteloven. Det kan se ut som noen mener dette mest effektivt gjøres gjennom å oppheve vedtaket og sende det tilbake med presise instruksjoner for at kommunen skal få gjøre nytt vedtak. Andre kan mene at det best skjer gjennom ”modellering” og foretrekker derfor å omgjøre vedtaket. Dette reiser ikke bare spørsmål om hva som er riktige beslutninger, men også om forholdet mellom klageinstans og vedtaksinstans. Dette har både en normativ/juridisk og en empirisk side. Den første handler om hvordan klageinstansens vedtak bør fortolkes av underinstansen. Den andre handler om i hvilken grad klageinstansens vedtak i noen forstand skaper presidents for saksbehandlingen i kommunene ”<sup>87</sup>*

Svarene jeg fikk ga noen forklaringer på hvorfor embetene har en så ulik statistikk hva gjelder avgjørelsesform og viste at det var tydelige forskjeller i hva embetene mente var riktig fremgangsmåte.

Hos Fylkesmannen i Finnmark hadde de ingen skriftlige retningslinjer på hvilken avgjørelsesform som skulle benyttes i et gitt tilfelle. Saksbehandlerne hadde likevel en felles forståelse om at de i stor grad benyttet omgjøring fremfor oppheving. Dette begrunnet de i at en slik praksis ville ivareta elevens rettigheter på en bedre måte, da særlig med tanke på at skoleåret er relativt kort. De erfarte ofte at det var manglende juridisk kompetanse hos førsteinstansen og at fylkesmannen ved å omgjøre ville sikre at et riktig vedtak ble fattet slik at eleven ikke ble en kasteball mellom førsteinstansen og fylkesmannen. De presiserte også at terskelen for at fylkesmannen selv foretok undersøkelser for å sørge for at saken var tilstrekkelig opplyst var lav og at embetet gjerne tok kontakt med skoleledere og PP-tjenesten for å innhente den informasjon som var nødvendig slik at de selv kunne fatte et vedtak og få avgjort saken.

---

<sup>87</sup> Terum/With (2007) s.33

Fylkesmannen i Oslo syntes derimot at det var unaturlig at de, gjennom å omgjøre vedtak, skulle vurdere hvilket tilbud eleven skulle ha. De følte i de fleste saker om spesialundervising, at de ikke hadde tilstrekkelig kunnskap om den konkrete eleven og forholdene ved den enkelte skole til å avgjøre hvor store ressurser eleven skulle tildeles. Dette var avgjørelser kommunen og fylkeskommunen var mer skikket til å ta. De har en høy terskel for å si at saken er tilstrekkelig opplyst og ønsker ikke å påføre kommunene en større økonomisk byrde enn nødvendig, gjennom å endre vedtak på utilstrekkelig grunnlag. Videre ble det fremhevet at det sto dårlig til med forvaltningsrettslig kompetanse i mange kommuner, slik at vedtakene og prosessen bak vedtakene ofte bar preg av mange saksbehandlingsfeil. Fylkesmannen mente det var kommunens ansvar å ha en fullstendig saksbehandling og at det ikke var fylkesmannen som skulle saksbehandle for kommunen. Embetet forholdte seg også i all hovedsak til kommunen sentralt og ikke til de ulike skolelederne og i tilfeller hvor saken ikke var tilstrekkelig opplyst var det opp til kommunen å ta kontakt med skolen og sørge for de nødvendige opplysninger. Hvis fylkesmannen skulle overta denne oppgaven for kommunene ville det føre til økt saksbehandlingstid i hver sak, som igjen ville gå ut over rettssikkerheten til klager. Resultatet av dette ble at det i stor grad benyttet seg av oppheving fremfor omgjøring. Embetet hadde ikke klare retningslinjer på dette, men mente at det var en forståelse blant saksbehandlerne om at oppheving var det mest aktuelle alternativet.

Hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal hadde de heller ikke retningslinjer for når de skulle benytte oppheving og omgjøring, men jobbet ut fra et prinsipp om at eleven, så snart som mulig skulle få det forsvarlige tilbudet han hadde krav på. Hensynet til elevens beste ble særlig vektlagt. Fylkesmannen hadde også god kunnskap om kompetansenivået i de mange kommunene i fylket. I tilfeller hvor de ut fra denne kunnskapen oppsto tvil om hvorvidt elevens rettigheter ville bli fulgt opp ved at vedtaket ble opphevet og sendt tilbake for ny behandling, ville de heller velge å omgjøre vedtaket.

Ingen av embetene ga uttrykk for at det lå en bevisst tanke om å lære opp kommunen gjennom den avgjørelsesform som ble valgt. Derimot forsøkte de å legge inn så mye "opplæring" som mulig gjennom vedtakene uavhengig hva resultatet i saken ble. Hvis enkelte kommuner gjentatte ganger begikk de samme feil, arrangerte embetene møter

med disse hvor det ble gitt utdypende informasjon om hva feilen gikk ut på og gitt opplæring på det aktuelle område for å unngå at dette skjedde igjen. Fylkesmannen i Møre og Romsdal ga også årlig ut et informasjonsskriv for behandling av saker etter opplæringslovens bestemmelser om spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning.<sup>88</sup> Skrivet inneholdt informasjon om erfaringer fra klagesaksbehandlingen tidligere år, viktige bestemmelser for behandlingen av denne type saker og tentative frister for når vedtak måtte være fattet for at embetet skulle kunne behandle en eventuell klage før neste skoleår startet.

---

<sup>88</sup> [http://www.fylkesmannen.no/Spes\\_undervisn\\_10\\_11\\_JAzFB.pdf.file](http://www.fylkesmannen.no/Spes_undervisn_10_11_JAzFB.pdf.file)

## 11 Saksbehandlingen hos embetene

### 11.1 Saksbehandlingstiden

#### 11.1.1 Hvilke krav stilles til saksbehandlingstiden

Forvaltningsloven og opplæringsloven stiller ingen klare krav til saksbehandlingstiden i denne type saker. Det eneste som kreves er at saken skal forberedes og avgjøres ”uten ugrunnet opphold” jf. forvaltningsloven § 11a første ledd. Hva som menes med dette begrepet er utdypet i forarbeidene til bestemmelsen hvor det uttales:

*”Kriteriet ”uten ugrunnet opphold” er utpreget skjønnsmessig, og betydningen vil kunne variere fra sak til sak. Departementet vil understreke at oppfyllelse av de rettssikkerhetsgarantier som ligger i forvaltningslovens saksbehandlingsregler, nødvendigvis vil medføre at saksbehandlingen etter omstendighetene kan bli tidkrevende. Hva som i det enkelte tilfellet vil være en forsvarlig saksbehandlingstid, vil som tidligere måtte variere med sakens art og omfang, tilgjengelige ressurser m v.”<sup>89</sup>*

Hvis det ikke lar seg gjøre å behandle saken innen en måned skal det sendes et foreløpig svar, hvor det skal redegjøres for hvorfor saken ikke kan behandles tidligere og angi når vedtak i saken vil bli fattet jf. § 11 a andre og tredje ledd. Om dette sier forarbeidene:

*”I høringsnotatet ble dette presisert slik at foreløpig svar skal gis så snart forvaltningsorganet blir oppmerksom på at saksbehandlingen vil ta lengre tid enn en måned. Departementet understreker at forvaltningsorganene vil ha plikt til å foreta denne vurderingen så tidlig som mulig, og ikke kan vente og se an situasjonen når fristutløpet nærmer seg. Dersom det i vedkommende forvaltningsorgan for tiden er en generell saksbehandlingstid på mer enn en måned, vil det måtte gis svar så snart saken er kommet inn, med mindre det likevel er klart at den kan realitetsbehandles innen en måned.”*

---

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 75 (1993-1994) s. 59

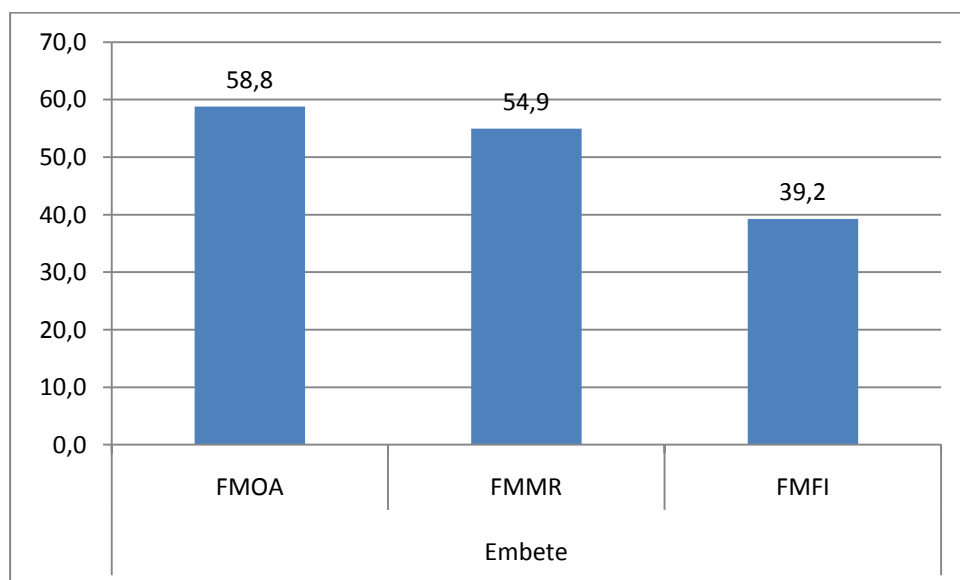


I Utdanningsdirektoratets veileder for spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning sies det at:

*”I vurderingen av hva som er for lang saksbehandlingstid, vil elevens behov for å få avklart sine behov og rettigheter så raskt som mulig, føre til at for eksempel en saksbehandlingstid på totalt over tre måneder vil være for lang saksbehandlingstid.”<sup>90</sup>*

Dette gjelder da i utgangspunktet den totale saksbehandlingstid i prosessen frem mot et vedtak om spesialpedagogisk hjelp eller spesialundervisning blir fattet. Klageinstansens saksbehandlingstid vil i utgangspunktet ikke bli omfattet av dette, men det kan sies å gi et klart signal til klageinstansen om at den totale saksbehandlingstiden er viktig for at eleven skal få oppfylt sine rettigheter i saker om spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning.

### 11.1.2 Saksbehandlingstiden i embetene

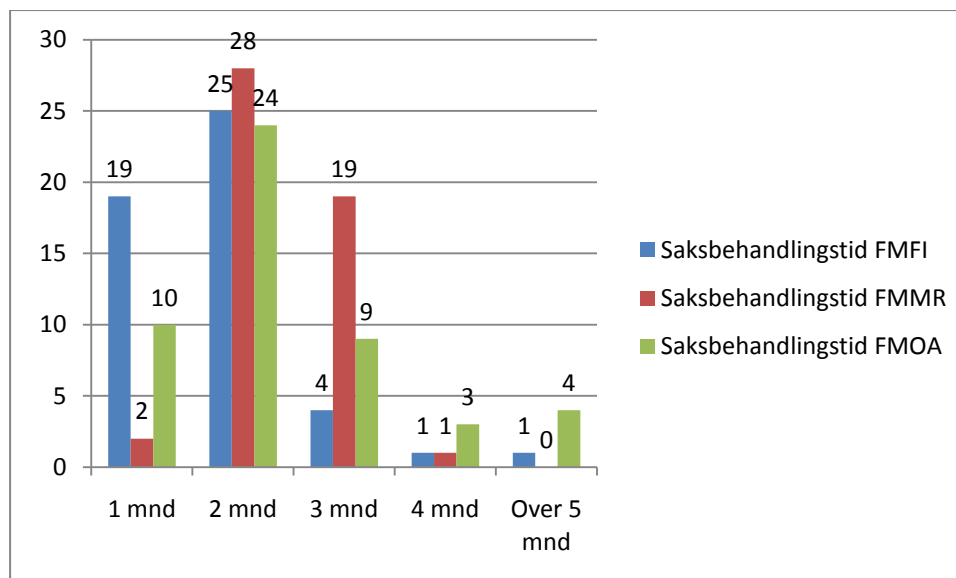


Figur 3 Gjennomsnittlig saksbehandlingstid

<sup>90</sup> Veileder til opplæringsloven om spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning. Utdanningsdirektoratet(2009) s. 77

Figur 1 viser den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i dager for de tre embetene. Fylkesmannen i Finnmark bruker i snitt nesten 20 dager mindre på å behandle en sak og også 15 dager mindre enn Fylkesmannen i Møre og Romsdal. En mulig og sannsynlig årsak til dette kan være forskjellen i antall saker som blir behandlet hos de tre embetene. Fylkesmannen i Oslo og Akershus behandler klart flest klagesaker, med Fylkesmannen i Møre og Romsdal som nummer to og Fylkesmannen i Finnmark behandler færrest saker.

Figuren nedenfor viser en oversikt over hvor mange saker som blir behandlet innenfor månedsintervallene.



**Figur 4 Fordeling av klagesakene på saksbehandlingstid**

Det som trekker opp gjennomsnittet i Oslo og Akershus er altså en del saker hvor saksbehandlingstiden er over 3 måneder. Likevel behandles nesten 70 % av sakene innen 2 måneder. Hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal er det få saker som blir behandlet på under to måneder. Fylkesmannen i Finnmark behandler 40 % av sakene innen en måned.

### 11.1.3 Saksbehandlingstid og avgjørelsesformens innvirkning på klagers rettssikkerhet

Med tanke på klagers rettssikkerhet vil tidsmomentet i enkelte saker være viktig. En av fordelene med forvaltningsklage er at det skal være en raskere måte å få avklart sin rett fremfor det å ta saken til en domstol. Tidsmomentet vil ha ulik vekt i klager på vedtak etter ulike bestemmelser i opplæringsloven, men særlig i saker om elevens rett til spesialundervisning etter opplæringsloven § 5-1, spesialpedagogisk hjelp før skolepliktig alder etter opplæringsloven § 5-7 og spesialundervisning for voksne etter opplæringsloven § 4A-2, vil det kunne være avgjørende at riktige og tilstrekkelige tiltak blir satt inn i tide. Dette prinsippet er også understreket i stortingsmelding 16 (2006-2007) der det sies at

*“Tidlig innsats må forstås både som innsats på et tidlig tidspunkt i et barns liv, og tidlig inngripen når problemer oppstår eller avdekkes i førskolealder, i løpet av grunnopplæringen eller i voksen alder.”*

*”Hovedutfordringene i dag er å inkludere alle så tidlig som mulig i gode læringsprosesser, og å gripe inn på en rask og adekvat måte når det avdekkes behov for ekstra innsats. Alle skal få både formelle og reelle muligheter til å lykkes.”<sup>91</sup>*

En undersøkelse gjennomført av riksrevisjonen konkluderte med at prosessen frem mot at et vedtak blir fattet i saker om spesialundervisning ofte tar uforholdsmessige lang tid. i rapporten uttales det:

*”Undersøkelsen inneholder ikke analyser av saksbehandlingsprosessen, men viser at gjennomsnittlig saksbehandlingstid fra eleven tilmeldes PP- tjenesten til sakkyndig vurdering foreligger, er over tre måneder ved 70 prosent av PP- tjenestene. 25 prosent av PP- tjenestene har gjennomsnittlig saksbehandlingstid over seks måneder.”<sup>92</sup>*

---

<sup>91</sup> St. mld. nr. 16 (2006-2007) ... og ingen sto igjen

<sup>92</sup> Riksrevisjonen Dokument 3:7 (2010–2011) s. 9

Sammenholdt med uttalelsen i veilederen om spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning om saksbehandlingstid, som sier at tre måneder vil være for lang saksbehandlingstid i slike saker, vil man allerede før vedtak om spesialundervisning er fattet kunne si at man i mange tilfeller er på ”overtid” i det å få avklart elevens rettigheter.

Når man da tar den lange saksbehandlingstiden hos PP-tjenesten og legger til den tiden det tar for kommunene å fatte et vedtak, den eventuelle tid det tar for eleven eller foreldrene å klage, den tid det tar for kommunen å behandle saken på nytt og oversende den til fylkesmannen og saksbehandlingstid hos fylkesmannen, vil det kunne være snakk om en total saksbehandlingstid på mange måneder, kanskje et helt skoleår.

Embetene som er undersøkt i denne oppgaven har isolert sett ikke spesielt høy saksbehandlingstid sett opp mot saksbehandlingstiden på andre rettsområder hvor fylkesmannen er klageinstans.<sup>93</sup> Derimot kan denne saksbehandlingstiden sammenholdt med en omfattende bruk av oppheving fremfor omgjøring imidlertid kunne innebære at klagers rettssikkerhet vil bli svekket. Hvis fylkesmannen i klagesaken velger å oppheve kommunens vedtak, vil ytterligere tid gå med i ny behandling hos kommunen. Fylkesmannen har heller ingen garanti for at førsteinstansen i sitt nye vedtak følger de eventuelle anbefalinger fylkesmannen gir gjennom sitt opphevingsvedtak, slik at klager på nytt kan ende opp med et uriktig vedtak og måtte klage på dette. Det vil også være grunn til å tro at dette kan føre til at noen klagere gir opp og ikke klager på nytt.

## 11.2 Vedtakets innhold og utforming

Totalt sett, fremstår vedtakene fra alle embetene som ryddige og oversiktlige. Og selv om oppsettet av vedtaket i de tre embetene er ganske forskjellig, ivaretar de krav som stilles til et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Bestemmelsene vedtaket bygger på kommer godt frem og er gjerne underbygget av sitat fra forarbeider og juridisk teori.

---

<sup>93</sup> I undersøkelsen av Larsen/Johannessen (2011) på sosialtjenestelovens område var den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for vedtak som ble omgjort av fylkesmannen på nesten 3 måneder (85,97 dager) og rett over to måneder (65,92 dager) i de saker hvor fylkesmannen opphevet vedtaket.

Sakens faktum, klagers anførsler og kommunens vurderinger blir også gjengitt på en ryddig måte. Videre er det gjort rede for hva fylkesmannen har lagt vekt på i sin behandling av klagen.

Det forekommer imidlertid en del inkonsekvent begrepsbruk hva gjelder utfallet av saken. Dette gjelder både internt i embetene og embetene imellom. Det veksles mellom å bruke ”klagen har/har ikke fått medhold”, ”klagen imøtekommes/imøtekommes ikke” og ”klagen har/har ikke ført frem” og ”klagen tas/tas ikke til følge”. Om resultatet i saken sies det blant annet ”kommunens vedtak opprettholdes”, ”kommunens vedtak stadfestes”, ”fylkesmannen ser ikke grunn til å oppheve vedtaket”, eller ”kommunens vedtak settes til side”. Dette er ikke forskjeller av stor betydning, men i noen tilfeller kan en sammenblanding av enkelte av disse begrepene være uheldig.

Et eksempel på dette er hentet fra sak 2009 – 22793 behandlet hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus. Der det først sies at:

*”Fylkesmannen har fattet følgende vedtak:*

- 1. Vedtak om å flytte eleven til annen skole er gyldig da vilkårene for flytting er oppfylt.*
- 2. Vedtak om å flytte eleven til en annen opplæringsarena er ugyldig, da det lider av en innholdsmangel som har hatt betydning for vedtaket.”*

Samtidig konkluderes det med at

*”Saken sendes tilbake til kommunen for ny behandling i henhold til gjeldende regelverk”*

Det vil ut fra dette være vanskelig å forstå om den delen av kommunens vedtak som omhandler flytting til en annen skole er stadfestet, mens delen som gjelder flytting til en annen opplæringsarena er opphevet, eller om hele vedtaket er opphevet.

I en annen sak klaget elven over plassering i en annen skole enn det som i utgangspunktet var hans nærscole etter opplæringsloven § 8-1 første ledd. Kommunen

behandlet klagen som en klage over avslag på skolebytte etter opplæringsloven § 8-1 annet ledd og fattet vedtak om dette. Fylkesmannen sier i sitt vedtak:

*”Fylkesmannen vil for øvrig bemerke at rettslig grunnlag er feil i vedtak av 27.03.2009. Dett er en sak etter opplæringsloven § 8-1 første ledd; om nærmiljøskolen. Kommunen viser imidlertid til annet ledd som fastslår at en elev etter søknad kan tas inn på annen skole enn den eleven sogner til. Foresatte har i denne saken ikke søkt om annen skole.”*

*”Under vurdering av denne saken har Fylkesmannen i Oslo og Akershus funnet det nødvendig å legge avgjørende vekt på manglende kapasitet ved skole A. Det vises i den forbindelse til Geir Helgelands kommentarutgave til opplæringsloven, som fastslår: «Kapasitetshensynet gjør seg først og fremst gjeldende når skoleanlegget ikke har plass til flere elever. Når skoleanlegget er fullt, kan kommunen plassere de elevene som har minst tilhørighet ut ifra andre hensyn, på en annen skole som har kapasitet. Rettighetene etter § 8-1 innebærer dermed ikke noe krav til kommunen om utvidelse av eksisterende skoleanlegg. Dette er også understreket i NOU 1995:18, side 133.”*

*”Etter en samlet vurdering finner fylkesmannen at skole B er elevens nærmiljøskole, og at det er denne skolen eleven har rett til å få gå på etter opplæringsloven § 8-1 første ledd. Nesodden kommunes vedtak av 27.03.2009 opprettholdes, og foresattes klage gis avslag.”*

Videre presiseres det at:

*”Elevens skolevei overstiger skyssgrensen på 4 km, og eleven har rett til gratis skyss etter opplæringsloven § 7-1 første ledd første punktum”<sup>94</sup>*

Her sier altså fylkesmannen at kommunens vedtak opprettholdes, selv om det i realiteten kan se ut som om de har fattet et nytt vedtak med endret hjemmel og i tillegg tar stilling til om eleven har rett på gratis skyss.

---

<sup>94</sup> Sak 2009 – 10426 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

I de tilfeller hvor resultatet blir at fylkesmannen foretar en oppheving av vedtaket sies det gjerne samtidig at ”klagen gis medhold” eller ”klagen har ført frem”. I mange av disse sakene har klager et konkret mål med klagen, for eksempel et bestemt antall timer med spesialundervisning. Slike formuleringer kan da gi inntrykk av at fylkesmannen har tatt stilling til dette spørsmålet og at klager har fått medhold i sitt krav. I enkelte tilfeller er dette avhjulpet med at fylkesmannen legger til at de ikke har tatt stilling til hvilket tilbud eleven har krav på og at førsteinstansen må behandle saken på nytt. Dette vil være mer pedagogisk riktig overfor klager og hindre misforståelser i de tilfeller hvor førsteinstansen i sin nye behandling av saken, igjen kommer til et resultat som ikke er i tråd med klagers ønsker.

### 11.3 Prøvingsintensitet

Som tidligere nevnt er en av de største fordelene for borgerne, ved forvaltningsklage fremfor domstolsprøving av forvaltningsvedtak, at klageinstansen har kan gå mye lengre i sin prøving av vedtaket. Klageinstansen er blitt gitt kompetanse til å prøve alle sider av saken og også trekke inn forhold som har inntrådt etter at vedtaket ble fattet jf. forvaltningsloven § 34.

Spørsmålet er i hvilken grad de bruker sin vide prøvingskompetanse og om de har et bevisst forhold til dette. Ved gjennomgangen av vedtakene har jeg sett flere momenter som tyder på at denne kompetansen ikke blir utnyttet i full grad i enkelte av embetene.

#### 11.3.1 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

Hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus er det flere trekk ved saksbehandlingen som gir indikasjoner på at de i sin prøving av saken legger seg på en linje som ligner domstolenes kontroll av vedtakets lovmessighet eller gyldighet.

#### 11.3.1.1 Bruken av oppheving fremfor omgjøring.

Hvis domstolenes gjennom sin prøving av forvaltningsvedtak kommer til at et vedtak er ugyldig, kan de som en hovedregel ikke fatte realitetsvedtak i saken, men må erklære at vedtaket er ugyldig slik at forvaltningen må behandle saken på nytt og treffe et annet vedtak.<sup>95</sup> Fylkesmannen har i motsetning mulighet til også å fatte nytt realitetsvedtak i saken.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus' bruk av oppheving fremfor omgjøring har altså likheter med domstolenes praksis ved kontroll av forvaltningsvedtak.

Hvis begrunnelsen for å velge oppheving fremfor omgjøring er at saken ikke er tilstrekkelig opplyst, skal fylkesmannen etter forvaltningsloven § 33 "påse at saken er så godt opplyst som mulig" og har da mulighet til å innhente manglende informasjon selv, eller pålegge underinstansen å foreta nærmere undersøkelser.

Det er flere tilfeller hvor jeg mener det er klart at saken er tilstrekkelig opplyst og fylkesmannen ut i fra hensynet til klager kunne ha omgjort vedtaket i stedet for å oppheve og sende det tilbake.

Et av disse tilfellene er en sak om spesialundervisning<sup>96</sup> hvor kommunen hadde fattet et vedtak som var i samsvar med tilrådingen fra PP- tjenesten. Dette kom klart frem av innholdet i vedtaket og dokumentasjonen i saken, bortsett fra en ren skrivefeil der kommunen skrev at vedtaket ikke var i samsvar med tilrådingen. I denne saken mener jeg det er klart at fylkesmannen ved å bruke sin kompetanse som klageinstans, kunne ha reparert førsteinstansens feil og ved å fatte et nytt vedtak selv og slik reparere førsteinstansens feil. I stedet valgte fylkesmannen å oppheve vedtaket.

I en annen sak<sup>97</sup> tilrådet PP- tjenesten at eleven, for å få et tilfredsstillende utbytte av den ordinære opplæringen, hadde behov for 380 årstimer med assistent. Kommunen

---

<sup>95</sup> Jf. Rt. 2001 s.995

<sup>96</sup> Sak 2009 – 10197 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

<sup>97</sup> Sak 2009 – 13783 Fylkesmannen i Oslo og Akershus



innvilget ikke dette og ga ingen begrunnelse for hvordan elevens rettigheter skulle ivaretas på annen måte. Klagen ble så behandlet hos fylkesmannen og de konkluderte med at:

*”Spesialundervisning i form av assistenttimer er en forutsetning for at eleven skal få et tilfredsstillende utbytte av ordinær undervisning.” og videre at ”Fylkesmannen finner derfor at avslaget på søknad om spesialundervisning er fattet på feil grunnlag. På bakgrunn av overnevnte vurdering opphever fylkesmannen vedtaket av xx.xx.xxxx og sender det tilbake til Oslo kommune for ny behandling.”*

I tilfeller som dette, hvor fylkesmannen har gjort seg opp en klar mening om hva slags tilbud eleven har behov for, vil det kunne være hensiktsmessig å foreta en omgjøring fremfor å oppheve vedtaket.

Det som skjedde videre i saken var at kommunen fattet nytt vedtak som fremdeles ikke gav eleven assistentressurs. Eleven klagde på nytt og i denne klagebehandlingen kom fylkesmannen til at PP- tjenesten måtte komme med en ny sakkyndig vurdering, der elevens behov skulle klarlegges mer nøyaktig. Hva som skjedde etter dette vites ikke, men siste dokument som ble registrert i saken ble registrert nesten et år etter saken ble klaget inn første gang.

#### 11.3.1.2 Prøving av det frie skjønn

Et annet forhold som viser en begrenset bruk av prøvingskompetansen er uttalelser som gjelder fritt skjønn og hensynet til det kommunale selvstyret jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje setning. I flere saker hvor embetet behandler klagesaker etter opplæringsloven § 8-1 annet ledd, brukes varianter av disse to sitatene om fylkesmannens mulighet til å prøve det frie skjønnet:

*«Etter opplæringsloven § 8-1 annet ledd, kan elever søke om å tas inn til en annen skole enn den han/hun sokner til. Om en elev skal tas inn til en annen skole enn nærskolen, ligger under forvaltningens frie skjønn, og kan ikke overprøves av Fylkesmannen.»<sup>98</sup>*

*”Det er således opp til kommunens frie skjønn å avgjøre om en elev skal få plass på en annen skole enn nærskolen. Søknaden må likevel behandler etter alminnelige forvaltningsrettslige regler som blant annet beskytter mot usaklig forskjellsbehandling og bruk av utenforliggende hensyn. Brudd på disse ulovfestede reglene kan medføre at vedtaket må anses ugyldig, jf. Forvaltningsloven § 41.”<sup>99</sup>*

Det første sitatet tyder ikke bare på at embetet har en begrenset prøving av det frie skjønn (i hvert fall gir uttrykk for det), men er også en feil anvendelse av bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje setning. Det er helt klart at fylkesmannen, i motsetning til domstolene, har full mulighet til å overprøve forvaltningens frie skjønn, og bestemmelsen skal kun innebære at hensynet til det kommunale selvstyre skal komme inn som et moment som skal tillegges vekt i vektingen av alle hensyn i saken.<sup>100</sup>

Det andre sitatet tyder for det første på at fylkesmannen begrenser prøvingen av det frie skjønn til den domstolskapte læren om domstolsprøving av forvaltningsvedtak, som innebærer en mulighet for domstolene til å overprøve forvaltningens skjønn i tilfeller hvor *”avgjørelsen er bygget på utenforliggende hensyn, det er foretatt usaklig forskjellsbehandling, eller vedtaket fremstår som uforholdsmessig tyngende/kvalifisert urimelig for parten.”<sup>101</sup>* Dette er altså en lære som er skapt for domstolene og selv om fylkesmannen også skal vurdere om det er begått myndighetsmisbruk vil deres prøvingskompetanse av det frie skjønn være videre enn dette. Woxholth<sup>102</sup> uttaler at i prøvingen av det frie skjønn vil myndighetsmisbrukslæren *”markere en slik definitiv yttergrense”* og at *”skal det være noen realitet i forarbeidenes uttalelser om at rettssikkerheten til parter og klagere ikke skal svekkes i annet ledd tredje punktum-”tilfellene”, må grensen trekkes snevrere”*

---

<sup>98</sup> Sak 2009 – 22793 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

<sup>99</sup> Sak 2009 – 13221 Fylkesmannen i Oslo og Akershus.

<sup>100</sup> Mer om dette i kapittel 6.3.4

<sup>101</sup> Frihagen (2003) s. 295

<sup>102</sup> Woxholth (2009) s. 520

Det må presiseres at det i disse sakene nok var riktig at klager ikke fikk medhold i sin klage, da de i alle tilfeller var snakk om å søke plass på skoler hvor kapasiteten var sprengt. Etter opplæringsloven vil ikke en elev som søker seg til en skole kunne få innvilget sin søknad på bekostning av andre elever som har en rett etter opplæringsloven § 8-1 første ledd til å gå på denne skolen.

#### 11.3.1.3 Bruken av begrepene gyldighet/ugyldighet

Fylkesmannen i Oslo og Akershus bruker i flere av sine vedtak begrepene gyldig/ugyldig i sin omtale om førsteinstansens vedtak. Dette kommer klart frem i en sak hvor fylkesmannen konkluderte med at:

*”Kommunen har hjemlet sitt vedtak om flytting til annen opplæringsarena i opplæringsloven § 8-1 tredje ledd. Dette er feil lovanvendelse, og en materiell innholdsmangel som har hatt betydning for innholdet i vedtaket, og som medfører at denne delen av vedtaket er ugyldig jf. forvaltningsloven § 41 ”<sup>103</sup>*

Dette er begrep som er viktige i domstolenes prøving av forvaltningsvedtak. Domstolene må i utgangspunktet begrense sin prøving til en prøving av vedtakets lovlighet og må etter dette forholde seg til om et vedtak er gyldig eller ugyldig for å kunne sette et forvaltningsvedtak til side. Fylkesmannen har, som sagt tidligere, kompetanse til å prøve alle sider av saken, både lovligheten og hensiktsmessigheten og trenger derfor ikke forholde seg til hvorvidt et vedtak er gyldig eller ikke. Hvis fylkesmannen, etter en ny og fullstendig behandling av saken kommer frem til at han er enig i det resultat førsteinstansen har kommet frem til, uavhengig om vedtaket er ugyldig, kan han fatte et nytt vedtak med samme konklusjon, hvor eventuelle feil begått av førsteinstansen reparerer.

---

<sup>103</sup> Sak 2009 – 22793 Fylkesmannen i Oslo og Akershus

Videre kan det stilles spørsmål ved bruken av forvaltningsloven § 41. Bestemmelsen sier:

*”Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.”*

For det første gjelder altså bestemmelsen saksbehandlingsfeil, mens det i eksempelet ovenfor anvendes i et tilfelle hvor førsteinstansen har lagt feil bestemmelse til grunn for sitt vedtak, altså en rettsanvendelsesfeil. For det andre sier bestemmelsen at et vedtak kan være gyldig selv om det er begått saksbehandlingsfeil. Det er i juridisk teori uttalt at dette ikke er en bestemmelse som kan tolkes antitetisk og slik brukes som en hjemmel for å konstatere ugyldighet.<sup>104</sup> Videre er dette en bestemmelse som i utgangspunktet er ment for domstolene ved deres gyldighetsprøving av forvaltningsvedtak. Fylkesmannen har gjennom forvaltningsloven § 34 hjemmel til å prøve alle sider av saken, og gjennom en slik ny behandling reparere eventuelle saksbehandlingsfeil som kan ha fått betydning for førsteinstansen vedtak. Det å bruke § 41 er altså ikke nødvendig for klageinstansen for å legitimere sin overprøving av vedtaket.

Sivilombudsmannen har også uttalt seg om fylkesmannens bruk av forvaltningsloven § 41 og gyldighetsprøving av vedtak og kom med følgende konklusjon:

*”Det følger av forvaltningsloven § 34 annet ledd at klageinstansen kan «prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter». Lovens hovedregel er altså at fylkesmannen fullt ut kan prøve både de faktiske, rettslige og skjønnsmessige sidene av saken. I dette ligger det også en plikt til å prøve saken så langt det er nødvendig. Dersom klagebehandlingen skal være reell, må fylkesmannen som klageinstans foreta en selvstendig vurdering av de sider av saken som klagen gir grunn til. Det vil således være for snevert å begrense vurderingen til hvorvidt eventuelle*

---

<sup>104</sup> Woxholth (2009) s. 604 og Eckhoff/Smith (2010) s. 489

*saksbehandlingsfeil kan ha virket inn på vedtaket. Forvaltningsloven § 41 er etter sin ordlyd og plassering i loven utformet med sikte på gyldighetsprøving av forvaltningsvedtak. Klageinstansens kompetanse og prøvelsesplikt går lengre enn dette. Fylkesmannens vedtak etterlater begrunnet tvil med hensyn til om han klart nok har vært seg bevisst hvilken kompetanse han hadde som klageorgan, og det kan ikke utelukkes at dette kan ha innvirket på den vurdering og konklusjon som foreligger.*”<sup>105</sup>

### 11.3.2 Fylkesmannen i Finnmark

Fylkesmannen i Finnmark går, i motsetning til Fylkesmannen i Oslo og Akershus i større grad inn og prøver hva som vil være et riktig opplæringstilbud for eleven hvis de finner feil ved førsteinstansens vedtak i saker om spesialpedagogisk hjelp eller spesialundervisning. Har førsteinstansen avveket fra PP-tjenestens tilråding og ikke gitt en god nok begrunnelse for dette, fatter de et vedtak som er i tråd med det PP-tjenesten har tilrådet. Embetet prøver ikke i noen særlig grad det tilbudet som kommer frem av den sakkyndige vurderingen. Dette kommer godt frem gjennom uttalelser som:

*«ppt er videre etter loven kommunens sakkyndige organ, det skal derfor gode grunner til for at kommunen fraviker organets avgjørelse» og videre «når porsanger kommunes vedtak er i tråd med den sakkyndige vurderingen, ser klageinstansen ingen grunn til å oppheve vedtaket.»*<sup>106</sup>

Også i saker etter opplæringsloven § 8-1 annet ledd prøver Fylkesmannen i Finnmark det frie skjønn i større grad enn det Fylkesmannen i Oslo og Akershus gjør. I disse sakene uttaler fylkesmannen at dette er en bestemmelse hvor hensynet til det kommunale selvstyret vil veie tungt og at det må tungtveiende mothensyn til for at fylkesmannen skal overprøve dette. Ut fra dette veier de så klagers anførsler for å se om disse er tungtveiende nok. Denne vektingen av hensynene kommer frem gjennom uttalelser som denne:

---

<sup>105</sup> SOM 2009/767

<sup>106</sup> Sak 2009 – 2573 Fylkesmannen i Finnmark

*”søknad om å få gå på en annen skole er som nevnt, ikke en rettighet etter opplæringsloven, og avgjørelsen må bygge på et skjønn sett ut fra hver enkelt søknad. Ut fra dette skjønnnet om tungtveiende mothensyn finner vi derfor ikke klagers begrunnelser sterke nok etter intensjonene i opplæringsloven § 8-1 til at eleven får SKOLEN som skolested”<sup>107</sup>*

Uttalelsen tyder på at fylkesmannen har vurdert hensynene som talte for at eleven skulle få innvilget sin søknad om skolebytte, men har kommet frem til at disse hensynene ikke er tungtveiende nok sett opp mot hensynet til det kommunale selvstyret som veier tungt i sakene etter opplæringsloven § 8-1 annet ledd. Fylkesmannen i Finnmark bruker i disse sakene en uttalelse fra Utdanningsdepartementet som støtte for sin avgjørelse. Denne uttalelsen sier:

*”i situasjoner der utdanningskontorene klagebehandler søknader om å få gå på en annen skole enn det som ellers gjelder, må kontorene legge vekt på at her kommer hensynet til det kommunale selvstyret inn i særlig grad, noe som innebærer at det skal tungtveiende mothensyn til før man gjør om en kommunal avgjørelse”<sup>108</sup>*

### 11.3.3 Fylkesmannen i Møre og Romsdal

Ut i fra de vedtakene jeg har gjennomgått virker det som om Fylkesmannen i Møre og Romsdal har en litt annen fremgangsmåte i prøvingen av klagesakene enn de to andre embetene. Der det virker som de to andre embetene tar mer utgangspunkt i førsteinstansens vedtak, og prøver dette, ser det ut som om Fylkesmannen i Møre og Romsdal i større grad tar stilling til faktum, dokumentasjonen som ligger ved saken og informasjon de innhenter selv for så å danne seg en mening om hvilke behov eleven har for å kunne få et forsvarlig utbytte av opplæringen. Etter at de så har gjort seg opp en

---

<sup>107</sup>Sak 2009 – 1711 Fylkesmannen i Finnmark (skolens navn er anonymisert)

<sup>108</sup> Brev fra Utdanningsdepartementet til Sivilombudsmannen av 25.03.99

mening om dette sammenholder de dette med det tilbudet førsteinstansen har kommet frem til i sitt vedtak.

Denne fremgangsmåten og tegn på dyptgående prøving av saken vises godt i en sak om spesialundervisning etter opplæringsloven § 5-1. PP-tjenesten hadde utarbeidet en sakkyndig vurdering som ikke fulgte de krav som stilles til en slik vurdering og som etter fylkesmannens oppfatning ga en ”*manglande/uklår tilråding om omfang*”. Videre manglet både individuell opplæringsplan og halvårsrapport for skoleåret. Fylkesmannen tolket og vurderte innholdet i PP-tjenestens sakkyndige vurdering og utalte

*”Med bakgrunn i den dokumentasjonen som er gitt i denne saka, legg vi til grunn ei vid forståing/tolking av den tilrådinga som er gitt av PPT. ELEVEN<sup>109</sup> vil få eit spesialpedagogisk tilbod med tillgang til assistent heile tida han er på skolen.”*

og til slutt

*”Ut frå ei slik vurdering meiner vi ELEVEN vil få eit forsvarleg opplæringstilbod skoleåret 2009/2010.”<sup>110</sup>*

I stedet for å sende saken tilbake til kommunen for å få en ny sakkyndig vurdering som oppfyller kravene, foretar altså fylkesmannen av en selvstendig prøving av saken og kommer gjennom dette frem til det de mener vil ivareta elevens rettigheter.

Et annet eksempel på den dyptgående prøvingen finner man i en sak hvor kommunen hadde fattet et vedtak som etter fylkesmannens oppfatning var utformet mer som et informasjonsskriv enn et vedtak. Vedtaket fulgte i liten grad forvaltningslovens bestemmelser for utformingen av et enkeltvedtak. Dette gjorde at det var vanskelig å se hvilket tilbud eleven skulle få. Fylkesmannen finner likevel at de gjennom annen dokumentasjon i saken kan se hvilket behov eleven har og fatter et vedtak hvor de sier

---

<sup>109</sup> Elevens navn er anonymisert

<sup>110</sup> Sak 2009 – 5003 Fylkesmannen i Møre og Romsdal.

*”Ut fra dokumentasjonen som er vedlagt i saka, forstår vi det slik at vedtaket som er forstått vedtatt av klagenemnda i Ålesund kommune, muligens skulle ha en tilnærmet slik utforming”<sup>111</sup>*

Et annet eksempel viser også hvordan fylkesmannen vektlegger tidsmomentet i vurderingen av hvor dypt de skal prøve saken. Saken gjaldt spesialundervisning for voksne etter opplæringsloven § 4A-2 og fylkesmannen påpekte at det var store avvik mellom det tilbudet eleven hadde fått i det opprinnelige vedtaket, det tilbud eleven fikk etter at kommunen hadde behandlet saken på nytt og det tilbud klager hadde søkt om. Den sakkyndige vurderingen fra PP-tjenesten var også uklar, men fylkesmannen kom til at de gjennom å sammenholde dokumentasjonen i saken, kunne komme frem til et tilbud som ville ivareta elevens rettigheter. I vedtaket fra fylkesmannen sies det:

*”ut fra tidsperspektivet i denne saka, sender vi ikkje saka tilbake til kommunen for ny sakkyndig vurdering og ny saksgang – som kanskje kunne medføre et vedtak som oppfyller de krav som stilles til et slikt enkeltvedtak”<sup>112</sup>*

Fylkesmannen viser altså at de legger vekt på hensynet til at klager skal få avklart sine rettigheter og at de derfor velger å foreta en selvstendig prøving av saken fremfor å oppheve vedtaket.

Denne dyptgående prøvingen gjelder ikke kun for de saker hvor fylkesmannen konkluderer med at de har et annet syn på saken og opphever eller omgjør. Også i tilfeller hvor førsteinstansens vedtak blir stadfestet har de en dyptgående prøving, hvor de sammenholder individuell opplæringsplan, halvårsrapporter og den sakkyndige vurderingen for å se om disse samsvarer med hverandre og om de tegner et klart bilde av hvilket tilbud eleven har behov for. Hvis dette gir et resultat som er i tråd med førsteinstansens vedtak blir resultatet at fylkesmannen stadfester vedtaket.

---

<sup>111</sup> Sak 2009 – 6111 Fylkesmannen i Møre og Romsdal

<sup>112</sup> Sak 2009 – 5925 Fylkesmannen i Møre og Romsdal



#### 11.4 Prøvingsintensiteten og klagers rettssikkerhet

Det er som vist ovenfor en del tendenser som tyder på at de tre embetene har ulike oppfatninger om hvor intensiv deres prøving av saken skal være. I den ene enden av skalaen finner vi Fylkesmannen i Oslo og Akershus hvor prøvingen i enkelte sakstyper har likhetstrekk med domstolsprøving. I den andre enden har Fylkesmannen i Møre og Romsdal en tidvis svært dyptgående og grundig prøving av saken. Fylkesmannen i Finnmark befinner seg en plass midt i mellom, men nærmere praksisen i Møre og Romsdal. Selv om det er til dels store ulikheter, befinner alle embetene seg innenfor lovens rammer.

For klager vil det i utgangspunktet være i hans interesse at alle sider av saken blir prøvd fullt ut og så grundig som mulig. Dette er en av de store fordelene med forvaltningsklage fremfor domstolskontroll med forvaltningsvedtak. En begrensning i denne prøvingen vil svekke klagers rettssikkerhet. Dette forutsetter riktignok at den grundige prøvingen ikke tar unødvendig mye tid. Det vil måtte foretas en vekting av hensynet til grundighet opp mot hensynet til effektivitet. Slik vil det også være for fylkesmannen. En unødvendig grundig prøving av en enkelt sak vil gå på bekostning av andre saker og andre oppgaver som embetet skal utføre.

I intervjurunden ble embetene spurt om hensynet til effektivitet fikk innvirkning på embetets prøvingsintensitet, da særlig i perioder med stor pågang av saker. Ingen av embetene mente at stor sakspågang hadde innvirkning på prøvingsintensiteten i deres saksbehandling. En informant mente at man kanskje utformet litt kortere vedtak i slike tilfeller, men at prøvingsintensiteten likevel var den samme.

## 12 Utdanningsområdet som juridisk fagfelt

### 12.1 Forvaltningens kompetanse

Samtidig som opplæringsloven gir eleven en rekke rettigheter, er vilkårene og følgene av disse angitt gjennom vage og skjønnsmessige begrep med bakgrunn i pedagogisk-faglige avveininger. Dette stiller store krav til de som skal anvende loven.

I mange av vedtakene det er klaget over i mitt utvalg er det tydelig både gjennom innholdet og utformingen av vedtaket at det er en del mangler i den juridiske kompetansen hos de som fatter vedtak i kommunene og fylkeskommunene. Dette har ikke vært hovedfokus for mine undersøkelser og jeg har derfor ikke data på hvordan dette fordeler seg i de ulike kommunene og fylkeskommunene. Mitt inntrykk er likevel at dett ikke nødvendigvis er avhengig av størrelsen på kommunen. Tegn på manglende kompetanse har forekommet både i små og store kommuner i alle de tre embetene.

Dette blir også påpekt av alle embetene i intervjuene med ledere og saksbehandlere. Særlig blir det hevdet at den forvaltningsrettslige kompetansen, da særlig i prosessen frem til et vedtak blir fattet og i selve utformingen av vedtaket, hos beslutningstagerne i kommunen er mangelfull. Dette er også poengtert i riksrevisjonens undersøkelse av spesialundervising i grunnskolen.

*”Utdanningsdirektoratet pekte også på at resultatene fra tilsynet viste at det ble begått en rekke brudd på saksbehandlingsreglene knyttet til spesialundervisning, og det viste i den forbindelse til at rettighetene til spesialundervisning og tilpasset opplæring var helt sentrale for å sikre et godt læringsutbytte for alle elever. Etter tre nasjonale tilsyn konkluderte direktoratet slik: ”De felles nasjonale tilsyn har de tre siste årene vist at skoleiere i marginal utstrekning er kjent med eller følger regelverket. Tallene taler for*

*seg selv. Det er bekymringsfullt at skoleeierne ikke tar større ansvar for å oppfylle lovens bestemmelser.*"<sup>113</sup>

Den forholdsvis lave stadfestelsesprosenten hos de tre undersøkte embetene sett opp mot forskning på andre rettsområder, tyder også på at dette er et område hvor det er mange feil som begås.

Dette tatt i betraktning er det interessant at det ikke klages mer over saker på dette området. Bare i Oslo og Akershus var det i 2010 nesten 9500<sup>114</sup> elever som fikk spesialundervisning. Fra fylkesmannens årsrapport for samme år<sup>115</sup> kan man se at de behandlet kun 13 saker om spesialundervisning i grunnskolen. Altså klager kun 0,13 % av elevene over det tilbudet de har fått av kommunen i dette fylket.<sup>116</sup>

Årsaken til dette kan være mange. En del klager blir sikkert luket bort ved at kommunens i sin nye behandling av saken etter at vedtaket har blitt påklaget, selv finner grunn til å endre det slik at klagen ikke blir videresendt til fylkesmannen for behandling. Mange foreldre har nok heller ikke tilstrekkelig innsikt i lovverket og elevens rettigheter til å se eventuelle mangler ved vedtaket og vet kanskje ikke om muligheten for å klage. Hvis kommunens vedtak heller ikke opplyser om klageadgangen, slik de plikter etter forvaltningsloven § 27 tredje ledd vil det nok føre til at mange uriktige vedtak får passere.

## 12.2 Bruk av advokat i klagesaken

En part i en klagesak kan etter forvaltningsloven § 12 velge å la seg bli representert av advokat eller fullmektig. Dette er imidlertid lite vanlig i klagesaker etter

---

<sup>113</sup> Riksrevisjonens dokument 3:7 (2010-2011) Riksrevisjonens undersøkelse om spesialundervisning i grunnskolen

<sup>114</sup> <http://www.ssb.no/utgrs/tab-2011-02-18-02.html>

<sup>115</sup> <http://arapp.fylkesmannen.no>

<sup>116</sup> Dette tallet vil det være knyttet noe usikkerhet til, da det finnes elever som har vedtak om spesialundervisning som omfatter flere år, men dette fremgår ikke av statistikken. Antallet elever med spesialundervisning og antallet vedtak som ble fattet i 2010 er altså ikke det samme. Likevel kan man trygt slå fast at det er en forsvinnende liten andel av vedtakene som blir påklaget.

opplæringsloven. I de 150 sakene jeg har gått gjennom har klager vært representert i kun fem saker, ett tilfelle i Finnmark, ett i Møre og Romsdal og tre i Oslo og Akershus.

I intervjuene med de ansatte i embetene nevner alle at de synes de ser en liten økning i representasjon gjennom bruk av advokater, men at det fremdeles er relativt sjelden i saker på opplæringslovens område. I alle de tre embetene synes det også å være en enighet om at det ikke er særlig nytteverdi i det at parten blir representert av advokat. Embetene hevder at mange advokater ikke innehar tilstrekkelig kompetanse på dette området da dette sjelden er noe de jobber med til daglig og at det derfor ikke er til særlig nytte. Dette kunne jeg også se trekk av i de få sakene som var aktuelle.

Argumentasjonen fra advokatene gikk i hovedsak på de prosessuelle og forvaltningsrettslige siden ved vedtaket fremfor de materielle sidene som relaterte seg til opplæringsloven.

Flere av intervjuobjektene tar også opp det at representasjon gjennom advokat kan føre til en eskalering av situasjonen mellom klager, da gjerne elevens foreldre, og skolen og at dette kan være uheldig med tanke på behovet for et godt samarbeid gjennom elevens videre skolegang.

Embetene mener videre at de selv har tilstrekkelig kompetanse til å belyse sakens sider, slik at klagers rettssikkerhet blir ivaretatt uavhengig av om det i klagen er dyptgående, juridisk argumentasjon og gode formuleringer eller ikke. Et intervjuobjekt nevner at det nok tidligere kan ha vært slik at man var litt ekstra nøye og brukte mer tid på saken hvis parten var representert av advokat, men at dette helt klart ikke var tilfellet lengre.

Uansett endret ikke dette fylkesmannens syn på saken og fikk betydning for resultatet, men at man la litt ekstra innsats i utformingen av vedtaket. Ut i fra de få sakene jeg gikk gjennom der klager var representert av advokat var det heller ingenting som tydet på at disse sakene ble behandlet på noen annen måte enn i saker hvor klager ikke hadde slik bistand.

### **13 Oppsummering og avsluttende kommentarer**

Hensikten med denne oppgaven har vært å se om det foreligger forskjeller mellom embetenes klagesaksbehandling i et rettssikkerhetsperspektiv. Ved kun å se på embetenes statistikk for utfallet av saken og da særlig valget mellom oppheving og omgjøring, vil man ikke kunne si for sikkert at embetene praktiserer sin kompetanse ulikt. Det vil selvfølgelig være et moment som trekker i retning av at det er forskjeller, men disse forskjellene trenger ikke nødvendigvis ligge hos embetene selv.

Fylkesmennes praksis vil også være påvirket av det som skjer i kommunene og fylkeskommunene de mottar klagesakene fra. I et fylke med mange kommuner der kompetansen er lav og økonomien er stram vil det være naturlig at de vedtak som kommer til fylkesmannen er av en annen art enn de som kommer fra en kommune hvor kompetansen er høy og økonomien er god. Et viktig prinsipp for å ivareta klagers rettssikkerhet vil likevel være at like saker behandles likt. Gjennom min analyse av vedtakene fra fylkesmannen og intervjuer med embetene mener jeg at jeg har grunnlag for å si at like saker ikke nødvendigvis blir behandlet likt i de tre embetene.

Forskjellene kommer tydeligst frem gjennom deres forhold til bruken av oppheving og omgjøring, hvor dypt de velger å gå i sin prøving av saken og hvilken vekt hensynet til det kommunale selvstyret får i klagesaksbehandlingen.

### 13.1 Hva kan gjøres for å sikre en mer ensartet praksis?

Ved å ha et regelverk som lar valg av avgjørelsesform være opp til fylkesmannens praksis i den enkelte sak vil det kunne oppstå forskjeller i embetenes holdning til dette spørsmålet. Det er heller ikke gitt noen klare retningslinjer for denne praksisen fra overordnede myndigheter som kunne ha vært med på å sikre en mer enhetlig praksis på området.

På et annet saksområde har man gått lengre i å legge føringer på hvilken avgjørelsesform som skal benyttes. Statens helsetilsyn ga i 2008 ut en veileder for behandling av klagesaker etter sosialtjenesteloven kapittel 4<sup>117</sup>. Årsaken til at disse retningslinjene ble utarbeidet var at man gjennom et foregående prosjekt hadde avdekket at saker ble behandlet ulikt i de forskjellige embetene og at man gjennom en slik veileder ville kunne sikre en riktig og mer enhetlig praksis.

I veilederen uttales det:

*”Statens helsetilsyn [mener] det må legges avgjørende vekt på hensynet til klagerens/tjenestemottakerens rettssikkerhet. Tjenester etter sosialtjenesteloven kapittel 4 ytes til mennesker som ikke kan dra omsorg for seg selv eller er helt avhengig av hjelp i hverdagen, jf. § 4-3. Klagers behov for en rask avgjørelse i saken tilsier derfor at Fylkesmannen som hovedregel endrer vedtaket fremfor å oppheve det og sende saken tilbake til kommunen for ny behandling. Oppheving av vedtaket må velges først og fremst i situasjoner hvor saken ikke er godt nok opplyst for Fylkesmannen, og det er vanskelig å få dette til innenfor rammen av klagesaken.”<sup>118</sup>*

I en oppfølgende undersøkelse gjennomført av Larsen/Johannessen (2011) på oppdrag fra Statens helsetilsyn, gikk man gjennom klagesaker etter sosialtjenesteloven kapittel 4 behandlet av alle fylkesmannsembetene i 2009 for å se om prinsippene i veilederen ble fulgt opp. Undersøkelsen konkluderte med at det fremdeles var store forskjeller i embetenes praksis. Sett bort fra saker hvor førsteinstansens vedtak ble stadfestet, ble

---

<sup>117</sup> Veileder i behandling av klagesaker etter sosialtjenesteloven kap. 4 (2008). Statens helsetilsyn

<sup>118</sup> Veileder i behandling av klagesaker etter sosialtjenesteloven kap. 4 (2008) s. 28

resultatet i 72 % av sakene hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal at vedtaket ble opphevet. I Oslo og Akershus ble 92,1 % av vedtakene omgjort. Føringerne som ble gitt gjennom veilederen hadde altså ikke hatt ønsket effekt. Undersøkelsen antok at dette også kunne ha en sammenheng med at det var forholdsvis kort tid mellom veilederen ble utgitt (2008) og det tidspunkt hvor de undersøkte sakene ble behandlet hos embetene (2009). En annen forklaring kan være at dette er et tegn på at embetene har til dels klare holdninger om hva som er riktig praksis og at dette er holdninger som er vanskelige å endre.

Et annet tiltak som kan tenkes å gi større fokus på forskjellene i embetenes praksis for oppheving og omgjøring, er å bruke statistikken for klagesaksbehandlingen som embetene hvert år rapporterer gjennom sine årsrapporter. Slik det er nå skiller rapportene kun mellom medhold/delvis medhold og avslag. Statistikk som også skiller mellom oppheving og omgjøring og slik synliggjør forskjeller mellom embetene vil være enkelt å utarbeide. Det vil samtidig gjøre det enklere å gjennomføre større undersøkelser av samtlige embeters praksis og ved å tydeliggjøre forskjellene også kunne føre til at embetene selv stiller kritiske spørsmål til sin egen klagesaksbehandling.

Hvilken betydning det kommunale selvstyret skal ha i embetenes klagesaksbehandling, da særlig sett opp mot bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum, er også i stor grad overlatt til embetenes skjønn. Forarbeidene gir ingen klare holdepunkter for hvordan denne bestemmelsen skal benyttes i praksis. Rundskrivet som ble utarbeidet av departementene<sup>119</sup> er heller ikke til noen særlig hjelp. Det vil derfor kunne utvikle seg ulike holdninger for hvor stor vekt man skal legge på hensynet til det kommunale selvstyret i klagesaksbehandlingen på dette området, noe jeg også har sett klare tendenser til i min oppgave. Et rundskriv som var mer omfattende og klarere i sitt innhold ville kunne avhjulpet dette problemet.

Videre gir embetene uttrykk for at departementet eller direktoratet ikke spiller en særlig aktiv rolle i det å sørge for en ensartet praksis. Årlig gjennomføres det en rekke såkalte

---

<sup>119</sup> Rundskriv H-2103

regelverkssamlinger, men embetene gir uttrykk for at enhetlig klagesaksbehandling sjelden eller aldri har fokus på disse samlingene. Embetene har selv tatt initiativ til klagesaksforum internt i embetet og også samlinger hvor flere embeter deltar. Formålet med disse tiltakene er blant annet å settes fokus på klagesaksbehandling og det å sørge for en noenlunde enhetlig praksis både innenfor fagområdet, men også på tvers av fagområder. Flere av de jeg har intervjuet fremhever at klagesaksbehandlingen blir viet for lite oppmerksomhet fra sentrale myndigheter og at det er embetenes tilsynsvirksomhet som står i fokus.

### 13.2 Alternativer til fylkesmannen som klageinstans

Etter at ordningen med en statlig instans som klageorgan for kommunale og fylkeskommunale vedtak har blitt mer omfattende, har det oppstått debatt rundt hensiktsmessigheten av denne ordningen.

På den ene siden har det blitt hevdet at fylkesmannen, av hensyn til klageren, ikke er egnet til dette arbeidet. Grunnen til dette er at fylkesmannen gjennom sitt rådgivings- og veiledningsarbeid overfor kommunene kan komme opp i situasjoner hvor det kan stilles spørsmål ved embetenes habilitet. I intervjuene jeg har gjennomført gir også embetene, da særlig Fylkesmannen i Møre og Romsdal og Fylkesmannen i Finnmark, uttrykk for at de har god kontakt med både skoleledere, PP-tjenesten og sentrale personer i kommunene. De fremhever også at terskelen for at kommunen tar kontakt med embetene for veiledning om lovverket er lav. Dette kan selvfølgelig føre til at det stilles spørsmål ved deres habilitet. Embetene hevder likevel at dette ikke er en problemstilling som ofte dukker opp og at de har et bevisst forhold til at de ikke gir råd og veiledning i enkeltsaker, men kun veileder generelt om hva som er gjeldende rett på området.

På den annen side har det blitt hevdet at bruken av fylkesmannen som klageinstans, som en del av statsforvaltningen med omfattende kompetanse til å overprøve kommunens enkeltvedtak, vil kunne gå på bekostning av hensynet til det lokale selvstyre.<sup>120</sup> Det er

---

<sup>120</sup> Nguyễn-Duy/Smith/Baldersheim (2009)



også kritisert at det er uheldig at et statlig organ både kan sies og både være dommer og part i saker hvor nasjonale mål skal veies opp mot kommunenes behov for å prioritere og fordele ressurser. Særlig blir det fremhevet at fylkesmannens mulighet til å overprøve kommunens frie skjønn er problematisk og at det kan få store økonomiske konsekvenser for kommunene at fylkesmannen omgjør enkeltvedtak i klagesaker. Alternativer som er foreslått for å avhjelpe disse problemene er for eksempel kommunale klagenemnder eller forvaltningsdomstoler med begrenset prøvingskompetanse.

Ut fra hensynet til klagers rettssikkerhet vil det være store betenkeligheter ved det første alternativet. Et av hensynene bak ordningen med fylkesmannen som klageinstans er at klageinstansen da er uavhengig av vedtaksorganet. Dette er med på å gi klageordningen legitimitet og i større grad sikre klageinstansens habilitet. Ved å legge klageinstansen i kommunen vil det, da særlig i små kommuner, både stilles spørsmål til klageinstansens habilitet og kompetanse. Videre vil en større desentralisering av klageinstansen kunne føre til større forskjeller i hvordan regelverket praktiseres enn det allerede er.

Alternativet med forvaltningsdomstoler vil kunne medføre en mer ensartet praksis i behandlingen av klagesaker og vil gjennom sin prøving avgrenset til lovlighetskontroll ikke gjøre innhugg i det kommunale selvstyret. På den annen side har fylkesmannen gjennom sine mange roller og oppgaver en særlig innsikt i lokale og regionale forhold, som kan være av betydning for behandlingen av klagesaker. Denne lokale forankringen vil kunne forsvinne ved en løsning med forvaltningsdomstoler. En forvaltningsdomstol vil heller ikke kunne ivareta klagers rettssikkerhet på samme måte som fylkesmannen. I fylkesmannens mulighet til å prøve alle sider av saken, også forvaltningens frie skjønn og hensiktsmessigheten av vedtaket, ligger det en særlig rettssikkerhetsgaranti som ikke vil være til stede i en forvaltningsdomstol.

Med bakgrunn i min undersøkelse kan jeg heller ikke si at fylkesmannsembetene i særlig stor grad overprøver og belaster kommunene med tyngende omgjøringsvedtak. I saker hvor det er rom for fritt skjønn er embetene forsiktige med å overprøve kommunene og hensynet til det kommunale selvstyret blir ilagt stor vekt. I saker hvor det ikke er rom for fritt skjønn er det i enkelte embeter en relativt stor andel med vedtak

som blir omgjort, men dette er saker hvor hensynet til det å ivareta elevenes rettigheter veier tungt og hensynet til det lokale selvstyret bør vike.

Selv om andelen med omgjøring i to av embetene er høyt, er ikke antallet saker som blir omgjort særlig stort. Hvis man fordeler dette på antallet kommuner i de aktuelle fylkene, blir det heller ikke snakk om en særlig stor økonomisk belastning for hver enkelte kommune ved at embetet har en stor grad av omgjøring fremfor oppheving.

Disse forhold tatt i betraktning mener jeg ordningen med fylkesmannen som klageinstans for vedtak etter opplæringsloven har særskilte fordeler som ikke i samme grad vil kunne ivaretas av de andre alternativene jeg har diskutert. Hvis hovedbegrunnelsen for at man ønsker alternative klageordninger er at man ønsker en annen balanse mellom hensynet til klagers rettssikkerhet og hensynet til det kommunale selvstyret, kan dette kunne gjøres med justeringer av embetenes praksis innenfor rammene av dagens ordning.

### 13.3 Avslutning

Målet med denne undersøkelsen har vært å avdekke eventuelle forskjeller i embetenes behandling av klagesaker på opplæringsområdet. Funnene jeg har gjort tyder på at det eksisterer til dels store forskjeller på en rekke områder.

Først og fremst er det både gjennom statistikken og intervju klart at embetene har ulik praksis og holdninger til bruken av avgjørelsesformene oppheving og omgjøring. Fylkesmannen i Finnmark og Fylkemannen i Møre og Romsdal kan kalles ”omgjøringsembeter” og Fylkesmannen i Oslo og Akershus er mer et ”opphevingsfylke”. Årsakene til at praksisen er ulik har jeg også funnet grunnlag for å antyde og særlig to momenter skiller seg ut. For det første kan det se ut som om det stilles ulike krav til hvorvidt saken er tilstrekkelig opplyst til at fylkesmannen kan foreta en realitetsavgjørelse som er i strid med førsteinstansens vedtak. For det andre har embetene en ulike holdning til hvor overprøvende de skal være overfor førsteinstansen

og i hvor stor grad de skal gå inn og styre lokale beslutninger. Det siste gjenspeiler seg også i saker hvor hensynet til det kommunale selvstyret skal ilegges særlig vekt.

Videre er det tendenser som tyder på at embetene har en ulik oppfatning av hvor høy prøvingsintensiteten skal være. Om dette er begrunnet i ressurs hensyn, etablerte holdninger i embetene eller andre forhold har jeg ikke klart å finne svar på.

I undersøkelsen har jeg kun gått gjennom saker hvor lovverket legger opp til stor grad av kommunalt, fritt skjønn i to av embetene. Resultatene i klagesakene i disse to embetene er like, men gjennom vedtakene kommer det frem at embetene behandler forholdet til fritt skjønn og hensynet til det kommunale selvstyret ulikt. Dette funnet kan bero på tilfeldigheter og ikke nødvendigvis være overførbart til de resterende 16 fylkesmannsembetene, men sammenholdt med at regelverket på dette området åpner for ulike tolkninger, vil det være grunn til å tro at det foreligger ulikheter også i de andre embetene.

Selv om det er forskjeller i embetenes praksis og holdninger til klagesaksbehandlingen, opererer alle innenfor rammene av lovverket. Dette mye på grunn av at bestemmelsene som regulerer klagesaksbehandlingen i så stor grad åpner for diskresjonært skjønn og at det ikke foreligger andre sentrale retningslinjer på hvordan dette skjønnnet skal utøves. Uavhengig av om man kommer til at en mer ”overprøvende omgjøringslinje” hvor klagers rettssikkerhet veier tyngst eller en mer ”forsiktig opphevingslinje” hvor det legges vekt på lokalt selvstyre, er mest hensiktsmessig eller riktig, vil det av hensynet til borgernes rettssikkerhet være et viktig mål at embetene har en tilnærmet lik praksis. Det vil være uheldig at borgerens bosted skal være bestemmende for hvilken behandling hans klagesak vil få.

Jeg mener gjennom denne undersøkelsen å ha sett at fylkesmannen spiller en stor rolle for å ivareta klagers rettssikkerhet på dette området. Lav kompetanse i førsteinstansen gjenspeiler seg i en forholdsvis lav andel med stadfestede vedtak og en stor andel vedtak hvor elevens rettigheter etter loven ikke har blitt tilstrekkelig ivaretatt. I et rettssikkerhetsperspektiv hadde det videre vært interessant å se på hvilke følger embetenes praksis får. Hva skjer med de vedtak som blir opphevet og sendt tilbake? Får

fylkesmannens kritikk følger for det nye vedtaket som blir fattet? Og i hvilken grad skaper fylkesmannens omgjøringsvedtak presedens for førsteinstansens vedtak i andre saker?

Et annet spørsmål jeg har stilt meg gjennom denne undersøkelsen er hvorfor det ikke klages mer? Når man tar i betraktning antallet elever som får spesialundervisning og de undersøkelser og tilsyn som påpeker mangler ved kompetanse i kommunene og deres evne til å etterleve lovverket, er det et forsvinnende lite antall som klager over vedtak etter opplæringsloven. Hvor god kjennskap har borgerne til fylkesmannen og embetenes rolle som klageinstans på dette området? Selv om fylkesmennene behandler forholdsvis få klager etter opplæringsloven, ser man at fylkesmannen benytte som klageinstans i langt større grad på andre rettsområder, som for eksempel klage over vedtak etter plan- og bygningsloven og sosialtjenesteloven. Hva er årsakene til dette?

Dette er spørsmål som jeg ikke har fått svar på gjennom min undersøkelse, men som vil være interessante for videre undersøkelser om fylkesmannens rolle som klageinstans for vedtak etter opplæringsloven.

Videre i prosjektet vil det være interessant å se om de regionale forskjellene jeg har funnet i denne undersøkelsen også er tilstede på de to andre rettsområdene som prosjektet skal ta for seg. Kanskje vil man også se forskjeller i praksis internt i embetene. En sammenfattet rapport av funnene på de tre rettsområdene vil bli utarbeidet og resultatet vil bli levert Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

## 14 Litteraturliste

### 14.1 Bøker/artikler

Andenæs, Kristian. *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Tano, 1992

Bentsen, Heike og Rønning, Olaf. *Bruken av unntaksbestemmelsene i lov om fri rettshjelp*. Oslo, 2008.

Bernt, Jan Fridthjof. *Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?* I: Lov og Rett 1994 s. 67-92

Bernt, Jan Fridthjof, Overå, Oddvar og Hove, Harald. *Kommunalrett*. 4. utg. Oslo, 2002

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 9. utg. Oslo, 2010.

Frihagen, Arvid, Rasmussen, Ørnulf og Bernt, Jan Fridthjof. *Frihagens forvaltningsrett*. Bergen, 2003

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utg. Oslo, 2007.

Helgeland, Geir. *Opplæringslova. Kommentarutgave*. 2. utg. Oslo, 2006.

Kalleberg, Annemor og Greni, Ragnhild Castberg. *Fylkesmannen som rettssikkerhetsinstans*. Rapport 2001:03 Statskonsult. Oslo, 2001.

Kjellemo, Bjørn Tore og Jakhelln, Henning. *Rett til spesialundervisning i grunnskolen*. Oslo, 1995

Larsen, Hege og Johannessen, Asbjørn. *Fylkesmennenes behandling av klagesaker etter sosialtjenesteloven kap. 4 – raskere behandling når Fylkesmannen selv slutfører saksbehandlingen*, rapport fra Helsetilsynet 6/2011

Nguyên-Duy, Iris, Smith, Eivind og Baldersheim, Harald. *Twisteløsningsordninger mellom stat og kommune*. Oslo, 2009

Raugland, Vidar, Næsheim, Eva og Johansen, Andre Istad. *Skolejuss*. Oslo, 1999

Terum, Inge og With, Mari. *Klager på økonomisk stønad. En analyse av fylkesmennenes klagesaksbehandling etter kapittel 5 i sosialtjenesteloven for årene 1995-2005*. Rapport fra Helsetilsynet 6/2007, Oslo, 2007

Woxholth, Geir. *Forvaltningsloven med kommentarer*. 4 utg. Oslo, 2009.

## 14.2 Forarbeider, offentlige utredninger og rundskriv

NOU 1990:13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner

NOU 1995:18 Ny lovgivning om opplæring

NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) Behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) (endringslov) Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)

Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) Om lov om kommuner og fylkeskommuner

Ot.prp. nr. 75 (1993-1994) (endringslov) Forvaltningsloven mv

Ot.prp. nr.51 (1995-1996) Om lov om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner (særlovprosjektet fase 2)

Ot.prp. nr. 46 (1997-98) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa

St. mld. nr. 16 (2006-2007) ... og ingen sto igjen

Rundskriv H-2103 (1998) Retningslinjer for statlig klagebehandling – forvaltningsloven § 34, Kommunal- og regionaldepartementet

Veileder til opplæringsloven kapittel 9a – elevenes skolemiljø (2006)

Kunnskapsdepartementet

Veileder til opplæringsloven om spesialpedagogisk hjelp og spesialundervisning (2009).

Utdanningsdirektoratet

Veileder i behandling av klagesaker etter sosialtjenesteloven kap. 4 (2008). Statens helsetilsyn

### 14.3 Lover og forskrifter

Lov av 14. august 1918 nr. 1 om forandring av rikets inndelingnavn

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 13. juni 1969 nr. 24 om grunnskolen

Lov av 21. juni 1974 nr. 55 om videregående opplæring

Lov av 23. mai 1980 nr. 13 om fagopplæring i arbeidslivet

Lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelpsloven)

Lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv. (sosialtjenesteloven)

Lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner  
(kommuneloven)

Lov av 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa  
(opplæringsloven)

Forskrift av 7. august 1982 nr. 3642 om instruks for fylkesmenn  
(fylkesmannsinstruksen)

### 14.4 Rettspraksis og avgjørelser fra Sivilombudsmannen

Rt. 1990 s. 360

Rt. 1993 s. 811

Rt. 2001 s. 995

SOM Uttalelse sak 2000/0815

SOM Uttalelse sak 2001/1838

SOM Uttalelse sak 2009/767

## 14.5 Andre kilder

Dokument nr. 3:12 (2000-2001) Riksrevisjonens undersøkelse av klagesaksbehandlingen ved fylkesmannsembetene

Dokument 3:7 (2010–2011) Riksrevisjonens undersøkelse av spesialundervisningen i grunnskolen

Planleggings- og samordningsdepartementet. *Fylkesmannsboka*. 2. reviderte utgave mars 1997:

<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/Regjeringen-Jagland/psd/Veiledninger-og-brosjyrer/19971/fylkesmannsboka.html?id=231681>

Statistikk for elever som får spesialundervisning 2010 fra SSB:

<http://www.ssb.no/utgrs/tab-2011-02-18-02.html>

Fylkesmannen i Møre og Romsdals informasjonsskriv om spesialundervisning(2010):

[http://www.fylkesmannen.no/Spes\\_undervisn\\_10\\_11\\_JAzFB.pdf.file](http://www.fylkesmannen.no/Spes_undervisn_10_11_JAzFB.pdf.file)

Fylkesmannsembetenes årsrapporter:

<http://arapp.fylkesmannen.no>



## **15 Lister over tabeller og figurer m v**

Tabell 1: Bestemmelser som omfattes av utvalget

Figur 1: Utfallet av klagesaken fordelt på embete

Figur 2: Forholdet mellom omgjøring og oppheving i saker etter opplæringsloven kap. 5 i %

Figur 3: Gjennomsnittlig saksbehandlingstid

Figur 4: Fordeling av klagesakene på saksbehandlingstid

## 16 Vedlegg 1

# SKJEMA FOR GJENNOMGANG AV VEDTAK

### A: Innledning:

1. Fylkesmannsembete
2. Kommune som har fattet vedtak i førsteinstans

### B: Opplysninger om søker:

3. Privatperson/næring/annet
4. Kjønn
5. Alder
6. Statsborgerskap
7. Yrke
8. Inntekt
9. Sivilstand
10. Formue

### C: Kommunens vedtak/saksbehandling:

11. Hvem har skrevet søknaden?
  - a. Søker selv
  - b. Andre
12. Muntlig søknad?
13. Andre bemerkninger knyttet til kommunens vedtak/saksbehandling

### D: Opplysninger om klager:

14. Er det søker som klager til fylkesmannen? (J/N)
15. Hvis NEI:
  - a. Privat/næring/organisasjon/velforening
  - b. Relasjon til søker (feks. nabo/annet)
16. Rettslig klageinteresse? (J/N)
17. Er klager representert? (J/N)
18. Hvis JA:
  - a. Advokat/rettshjelper
  - b. Rettshjelpstiltak
  - c. Interesseorganisasjoner, foreninger o.l.
  - d. Annet
19. Fri rettshjelp?
20. Er bistanden gratis eller ikke?

### E: Fylkesmannens vedtak/klageomgangen

21. Hvem har skrevet klagen?
  - a. Klager

- b. Andre
- 22. Har fylkesmannen innhentet nye opplysninger? (J/N)
- 23. Har klager fått uttale seg? (J/N)
- 24. Utfallet av klagen
  - a. Formelt
  - i. Stadfestet
  - ii. Opphevet
    - 1. Årsak
      - a. Lovanvendelse
      - b. Saksbehandlingsfeil
      - c. Skjønnsutøvelsen
      - d. Annet
  - iii. Omgjort
    - 1. Årsak
      - a. Lovanvendelse
      - b. Saksbehandlingsfeil
      - c. Skjønnsutøvelsen
      - d. Annet
    - b. Til gunst/ugunst for klager
  - i. Helt
  - ii. Delvis
- 25. Er vedtaket endret i forhold til tidligere vedtak? (J/N)
- 26. Er endringen begrunnet? (J/N)
  - a. Hvis JA – hva er begrunnelsen?
    - i. Lovanvendelsen
    - ii. Saksbehandlingsregler (typisk forvaltningsloven)
    - iii. Skjønnsutøvelsen
    - iv. Annet
- 27. Er kommunale normer/standarder lagt til grunn for vedtaket? (jf. fvl. § 34 – hensynet til kommunalt selvstyre)
  - a. Hvis JA
  - i. Fylkesmannens vurdering av kommunens ”frie” skjønn?
- 28. Kvalitativ vurdering av saksfremstillingen/skjønnsutøvelsen (forholdet mellom underlagsmateriale og vedtak, mellom premisser og konklusjon i vedtaket, relevans i argumentasjonen, karakterisering av type argumentasjon – juridisk, moralsk, adm/org, økonomisk m.v.)
- 29. Øvrige kommentarer til saksfremstillingen/skjønnsutøvelsen
- 30. Forvaltningslovens krav til begrunnelse
  - a. Tilstrekkelig begrunnet? (J/N)
  - b. Henvisning til reglene? (J/N)
- 31. Er vedtaket fattet på bakgrunn av riktig bestemmelse? (J/N)
- 32. Er innholdet i reglene gjengitt? (J/N)
- 33. Er problemstillingen vedtaket bygger på gjengitt? (J/N)
- 34. Er de faktiske forhold nevnt? (J/N)
- 35. Er hovedhensyn for skjønn nevnt? (J/N)
- 36. Øvrige kommentarer til begrunnelsen
- 37. Tidsperspektiv
  - a. Fra søknad til kommunens vedtak (uker/måneder)
  - b. ”Mellomstadiet” (tid medgått før saken kommer til fylkesmannen)

- c. Klagebehandling hos fylkesmannen (uker/måneder)
- 38. Hvis unormalt lang tid – hva er årsaken til dette?

G: Avsluttende kommentarer til saken/vedtaket

- 39. Egne kommentarer til saken/vedtak
- a. Rettsikkerhet ivaretatt i den enkelte sak
- b. Totalvurdering av saksbehandlingen

## 17 Vedlegg 2

# INTERVJUSKJEMA FOR FYLKESMANNEN

### A: Innledende spørsmål

1. Hva er din utdanning?
2. Hvor har du jobbet før du begynte hos fylkesmannen?
3. Hvor lenge har du jobbet hos fylkesmannen?
4. Hva er din stilling hos fylkesmannen?
5. Hva innebærer denne stillingen? (beskriv arbeidsoppgaver/klagesaksbehandling?)

### B: Avgjørelsesform for vedtak

6. Kjenner du embetets statistikk for valg av avgjørelsesform i klagesaker?
7. Hva er dine tanker rundt statistikken?
8. Har embetet/avdelingen klare retningslinjer for når man velger å oppheve eller omgjøre et vedtak? (forutsatt feil hos kommunen)
9. Hva er avgjørende for hvorvidt man velger å oppheve eller omgjøre et vedtak? (f.eks. feil rettsanvendelse, skjønnsutøvelse eller saksbehandling)
10. Ligger det en bevisst tankegang om å ”oppdra” kommunen i valg av avgjørelsesform? (forutsatt en feil i kommunens saksbehandling – og i så fall på hvilken måte?)
11. Har den faglige og juridiske kompetansen i kommunen innvirkning på valg av avgjørelsesform? (eksempel: en ressurs svak kommune med dårlig faglig kompetanse vs. en ressurssterk kommune med god kompetanse)
12. Hvilken betydning får tidshensyn for avgjørelsesformen i den enkelte sak? (eksempel: lang saksbehandlingstid i kommunen – muligheten for å omgjøre av hensynet til klager og tiden som har gått)
13. Vil det være riktig å oppheve et vedtak med mangelfull begrunnelse jf fv1. §25 ? (da sett hen til klageinstansens mulighet til å prøve hele saken på nytt og evt. reparere denne mangelen)

### C: Hensynet til det kommunale selvstyret

14. Har embetet/avdelingen klare retningslinjer for overprøving av det kommunale selvstyret? (jf. fv1. § 34 annet ledd)
15. Hva er din juridiske forståelse av § 34 annet ledd?
16. Vil du si deg enig i lovgivers standpunkt om at hensynet til det kommunale selvstyret skal vektlegges der statlig organ er klageinstans for kommunale vedtak? (hvorfor/hvorfor ikke?)

17. Får hensynet til det lokale selvstyret betydning for embetets valg av avgjørelseform? (forutsatt at kommunen har gjort en feil – velger man å oppheve fremfor å omgjøre for å ikke komme i konflikt med hensynet til det lokale selvstyret?)
18. Tror du begrensningen i fvl. § 34 annet ledd medfører at embetet på lengre sikt unnlater å overprøve kommunale vedtak nettopp fordi § 34 annet ledd gir anledning til det? (ut i fra en formodning om at det vil være ressursbesparende for embetet)

**D: Generell prøvingsintensitet**

19. I hvilken grad oppfatter du at embetet går ut over klagers anførsler ved prøvingen av vedtaket? (jf. fvl. § 34 – ”kan prøve alle sider av saken”)
20. I hvilken grad er dette avhengig av ressurshensyn?
21. Oppfatter du at fylkesmannens prøving av kommunens vedtak tidvis begrenser seg til en ”gyldighetsprøving” jf. domstolenes prøvelsesrett av forvatningens vedtak?
22. Hvilken rolle spiller forvaltningslovens § 41 for en overordnet klageinstans som fylkesmannen?

**E: Regionale ulikheter**

23. Har du kjennskap til mulige regionale forskjeller mellom embetene hva gjelder prøvingsintensitet eller valg av avgjørelsesform?
24. Har du i så fall noen tanker rundt hvorfor det eksisterer slike regionale forskjeller? (årsaken til disse)

**F: Diverse spørsmål**

25. Hvilken betydning tror du det at klager blir representert av advokat har for behandling av klagen ? (for eksempel ressursbruk, prøvingsintensitet og resultat)
26. Synes du klagerens rettsikkerhet blir ivaretatt i de klagesaker embetet behandler innenfor ditt fagområde? (kan du begrunne dette?)
27. Hva er dine tanker rundt hensiktsmessigheten av fylkesmannen som klageinstans for kommunale vedtak? (fungerer ordningen, er det alternative klageordninger som for eksempel kommunale klagenemnder eller forvaltningsdomstoler som etter din oppfatning vil løse oppgaven på en bedre måte?)

**G: Særskilte spørsmål for opplæringsloven**

- 28. I hvor stor grad overprøver embetet PP-tjenestens uttalelser i spesialundervisningssaker?
- 29. Vil den totale tidsbruken være et tyngre moment for avgjørelsen i saker om spesialundervisning?

**H: Særskilte spørsmål for plan- og bygningsloven**

- 30. I hvilken utstrekning foretar embetet befarings i klagesaker? Hvilken betydning tror du dette har for utfallet av saken?
- 31. I hvilken grad oppfatter du fylkesmannens rolle i klagesaker etter plan- og bygningsloven som en ”dommer” i en prosess mellom private parter fremfor en tradisjonell forvaltningsprosess hvor hensynet til borgeren og kommunen skal avveies? Hvordan påvirker dette i så fall klagesaksbehandlingen på feltet?
- 32. Er det noen spesielle sakstyper i plan- og bygningsloven som under klagebehandlingen av fylkesmannen bør tillegges mer eller mindre vekt på det lokale selvstyret enn det gjøres i dag? (med hensyn til prøvingsintensiteten)